

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Setor de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

**O DIREITO E O CASO CONCRETO.**

Claudio Henrique de Castro

Curitiba  
2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Setor de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

**O DIREITO E O CASO CONCRETO.**

Claudio Henrique de Castro

Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre na área de concentração em Direito das Relações Sociais.

Curitiba  
2000

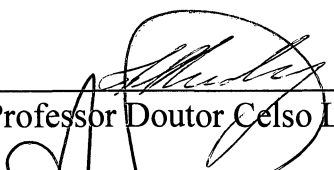
**Termo de Aprovação****O DIREITO E O CASO CONCRETO.**

por

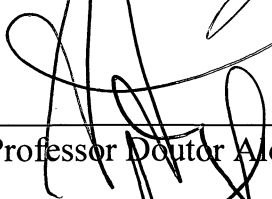
Claudio Henrique de Castro

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, área de concentração em Direito das Relações Sociais no Curso de Pós-graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:


ORIENTADOR

  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Celso Luiz Ludwig

MEMBRO

  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Aloísio Surgik

MEMBRO

  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Abili Lázaro Castro de Lima

Curitiba, 05 de setembro de 2000.

*Tempora mutantur, nos et mutamur in illis.*

*Memento audere semper.*

## SUMÁRIO

Introdução.....	01
Capítulo 1 — Caso Concreto, Direito e Sociedade.....	04
1.1. Caso concreto e participação política.....	09
1.2. O Casuísmo do Direito Romano Clássico.....	18
1.3. Caso concreto e Positivismo jurídico.....	28
Capítulo 2 — Caso Concreto e hipótese fática.....	38
2.1. Os operadores do Direito e a realidade.....	43
2.2. O discurso jurídico e o afastamento do caso concreto.....	57
2.3. Os casos concretos e o poder criativo da jurisprudência.....	67
Capítulo 3 — Caso Concreto e as suas possibilidades no Direito.....	78
3.1. Caso concreto e sociedade em transformação.....	86
3.2. Caso concreto e hermenêutica jurídica.....	97
3.3. Direções metodológicas ao caso concreto.....	113
Conclusões.....	124
Bibliografia.....	127
Índice Onomástico.....	141
Índice Alfabético Remissivo.....	147

## RESUMO

### O Direito e o Caso Concreto

O presente trabalho objetivou verificar a correlação entre a Ciência do Direito e o Caso Concreto. Partiu inicialmente duma perspectiva do Caso Concreto, Direito e Sociedade, analisando a participação política que esta relacionada com o Direito e conseqüentemente o Caso Concreto, ainda, analisou o período histórico, de Roma antiga, do denominado Direito Romano Clássico, importantíssimo para os juristas pois é a base do direito Ocidental, — e nesta perspectiva se demonstrou o nascedouro do Caso Concreto naquela sociedade. Demonstrou-se ainda o Caso Concreto dentro do Positivismo Jurídico, movimento teórico que influencia de sobremaneira o estudo do Direito, numa perspectiva teórica que parte da abstração das leis, isto é, dos fatos previstos nas leis, para num segundo momento ver-se os Casos Concretos. E por isso, se constatou o afastamento do Caso Concreto dos operadores jurídicos, isto é, — aqueles que laboram diretamente com o Direito e seu isolamento e despreocupação com a realidade social e conseqüentemente com o Caso Concreto. E ainda, o afastamento do próprio discurso teórico do Positivismo Jurídico com a realidade, — e quanto a isto, as possíveis soluções na Jurisprudência, entendida como o conjunto das decisões proferidas nos tribunais. E finalmente se indagou sobre o Caso Concreto e suas possibilidades na Ciência do Direito, com todo o caos que a sociedade está imersa e as necessidades duma nova atitude dos operadores jurídicos na aplicação do Direito e na sua interpretação.

Agradecimentos,  
a todos os meus Professores das aulas e dos livros,  
aos meus familiares e aos meus amigos.

## INTRODUÇÃO

É nas possibilidades hermenêuticas que os operadores jurídicos demonstram suas virtudes. Assim como o homem multifacetado se depara com a norma jurídica,<sup>1</sup> — a concretude<sup>2</sup> enfrenta a abstração.

O jurista debruça-se entre o caso<sup>3</sup> da vida e o ordenamento jurídico e, neste momento reflexivo, busca as soluções, antes, durante ou após os fatos. Seu instrumento fundamental, — a hermenêutica jurídica.<sup>4</sup>

Inicialmente lembramos HUNGRIA, que em 1949, já alertava sobre a acumulação de ilações sobre ilações, que podem estar na lógica do literalismo frio da lei, mas não na lógica do seu espírito e escopo prático.<sup>5</sup>

Nos casos, vislumbramos *mater artium necessitas*<sup>6</sup> em razão de, segundo BRUTAU, as previsões quase nunca se anteciparem à realidade pois o

---

<sup>1</sup> MARQUES, José Augusto Garcia e SILVEIRA, Luís Lingnau (Coordenadores) **Pareceres**, Vol. II. Procuradoria-Geral da República : Constituição da República Direitos, Liberdades e Garantias. Coimbra : Rainho & Neves, Ltda., [s.d.], p. 333: “Incumbe-nos simplesmente, obedecendo aos ditames e no mais estrito rigor da técnica jurídica, eleger, entre diversos possíveis, o entendimento prevalente da lei em vigor.”

<sup>2</sup> CUNHA, Antônio Geraldo da *et alii*. 5ª impressão. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1992, p. 204 : Concreto. *adj.* ‘que existe em forma material’ ‘condensado, espesso’. Do lat. *concretus*. E ainda FIGUEIREDO, Cândido de. 11ª ed. V. I. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Lisboa : Livraria Bertrand co-editada Rio de Janeiro : W.M. Jackson, Inc., [s.d.], p. 693: “Concreto, *adj.* Condensado; espesso; solidificado. Determinado. Particular (...).”

<sup>3</sup> CUNHA, Antônio Geraldo da *et alii*. *Idem*, p. 162 : “Caso *sm.* ‘acontecimento, fato, sucesso, ocorrência’ Do lat. *cāsus* (...). E ainda FIGUEIREDO, Cândido de. *Idem*, p. 561: Caso, *m.* Acontecimento, facto. Circunstância, Dificuldade. Importância (...). Do lat. *casus*.”

<sup>4</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro : Forense, 2ª ed. revista, 1981, p. 07: “O núcleo do conhecimento dogmático do direito é o que se convencionou denominar hermenêutica jurídica, a qual sistematiza os procedimentos de interpretação, integração e aplicação do direito.”



Direito consiste num processo de adaptação das necessidades presentes, de conceitos que nasceram ao impulso de outras necessidades, já desaparecidas.<sup>7</sup>

No percurso do presente trabalho, veremos o Direito iluminar o caso concreto e vice-versa; o caso concreto irradiar o Direito, — nos dois momentos, assistidos pelo intérprete, e neste diapasão, FROSINI<sup>8</sup> nos preleciona:

“La historia global del derecho (es decir, de las costumbres sociales, de las instituciones jurídicas, de las leyes escritas, etc.), desde sus orígenes hasta nuestros días, siempre há ido a la par com la historia de la interpretación jurídica, formando una unidad indisoluble.”

Ousaremos tocar na singularidade do Direito, enquanto redescoberta e recuperação do passado, um Direito que voltará a falar Latim com gosto e voltar a pensar na Justiça como sua meta, posto que o demais é paisagem...<sup>9</sup>

Nesta seara vamos desenvolver nossas análises.

---

<sup>5</sup> HUNGRIA, Nelson. Os Pandectistas do Direito Penal (Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em maio de 1949). p. 748-756. In: **Revista dos Tribunais**, ano 85. V. 724. Fev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

<sup>6</sup> TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 241. (trad.: A necessidade é mãe das artes).

<sup>7</sup> BRUTAU, José Puig (Prólogo). In: LLEWELLYN, Karl Nickerson. **Belleza y Estilo en el Derecho**. Trad. José Puig Brutau. Barelona : Bosch, 1953, p. 11.

<sup>8</sup> FROSINI, Vittorio. **Teoría de la interpretación jurídica**. Trad. Jaime Restrepo. Santa Fe de Bogotá : Editorial Temis, 1991, p. 01.

<sup>9</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra : Almedina, 1991, p. 53.

No primeiro capítulo, verificar-se-á a inserção do Caso Concreto no Direito e na Sociedade e, em decorrência, a participação política necessária, o auge do caso concreto da sociedade Romana no Período do Direito Romano Clássico e seu desenvolvimento até o Positivismo Jurídico.

No segundo capítulo, enfocar-se-á a relação do Caso Concreto com a hipótese fática; neste circuito, os operadores jurídicos e seu afastamento da realidade, que se dá por diversos fatores, dentre eles, o próprio Discurso Jurídico. E por conseguinte, problematizar-se-á a jurisprudência como eventual solução para estes distanciamentos, que são, em última análise, os distanciamentos teóricos do Caso Concreto.

No terceiro capítulo, demonstrar-se-á a premente necessidade da imersão dos operadores jurídicos na realidade social global e brasileira, — e, com isto, uma reflexão em torno da hermenêutica jurídica e das possíveis direções metodológicas ao caso concreto, diante das demonstrações do primeiro e segundo capítulos.

Utilizamos, para tanto, o método teórico reflexivo que objetivou a comprovação duma retomada do Caso Concreto no contexto do Discurso Jurídico, privilegiando-o em termos teórico-práticos.

## Capítulo 1

### 1. Caso Concreto, Direito e Sociedade

O caso concreto está conectado com o Direito, na medida que, *grosso modo*, a proposição jurídica é descritiva do mundo fático. Segundo VILANOVA<sup>10</sup> o direito positivo se exprime com locuções como ‘estar facultado a fazer ou omitir’, ‘estar obrigado a fazer ou omitir’, ‘estar impedido de fazer ou omitir’ e estas locuções não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se.

Quanto à conexão entre o Direito e a Sociedade, podemos notar que, com as revoluções burguesas, surge a teoria da soberania popular e da representação parlamentar, em reação à concepção monárquica do Estado.<sup>11</sup> Estas teorias instrumentalizam a expressão da Sociedade, isto é, os representantes da ascendente burguesia. E deste momento histórico, sustenta-se, inicialmente, o princípio da legalidade.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 69.

<sup>11</sup> AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. p. 119-138. In: HESPANHA, António Manuel. **Justiça e Litigiosidade : história e prospectiva**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 131: “A legalidade é mito — cujo rito é o *procedimento legal* — e, assim retém o estudioso do direito em um universo de *dever-ser* axiologicamente neutralizado. No discurso jurídico, esvazia-se o real e pacifica a consciência dos juristas, inclusive dos juízes, fazendo com que todos se conformem com a situação que lhes foi imposta por quem detém o poder de pôr o direito.”

Afirma AUER<sup>13</sup> que a lei pode ser vaga, imprecisa, fluida e indeterminada, pois o princípio da legalidade consegue a proeza de fazer aparecer como conformes a esta fluidez os mais diversos atos de aplicação individual e concreta. Garante-se uma ligação tanto normativa quanto lógica entre o abstrato e o concreto, entre o geral e o individual. A legalidade funda e reforça a idéia de uma coerência da ordem jurídica.

Esta coerência, todavia, frente à realidade de certas sociedades, é cada vez mais paradoxal, quanto aos seus objetivos sociais, a proteção dos indivíduos e o próprio desenvolvimento destas mesmas sociedades.

*Verbi gratia*, as sociedades latino-americana, africana e da ex-URSS num passado recente, passaram por diversas catástrofes nas décadas de 1980 e 1990, embora, difícil de acreditar, que na década de 1990 a maioria das pessoas era mais alta e pesada que seus pais, mas bem alimentada e muito mais longa.<sup>14</sup> Há de se notar que este século nos ensinou e continua a ensinar que os seres humanos podem aprender a viver nas condições mais brutalizadas e teoricamente intoleráveis, ao que nossos ancestrais do século XIX teriam chamado padrões de barbarismo.<sup>15</sup>

A tardo-democracia na América Latina enseja a reflexão que SINGER<sup>16</sup> nos traz quanto às contradições que o capitalismo e a democracia

---

<sup>13</sup> AUER, Andreas. *Idem, ibidem*.

<sup>14</sup> HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos : o breve século XX, 1914-1991**. Trad. Marcos Santana. 2ª ed., 4ª reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 1996, p. 21.

<sup>15</sup> HOBBSAWM, Eric. *Idem*, p. 22.

<sup>16</sup> SINGER, Paul. Direito, Economia e Mudança Social, p. 79-92. In: ARGÜELO, Katie (org.). **Direito e Democracia**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

tecem entre si, como superá-las, e a necessária atualização da crítica social e da apreensão teórica da realidade.

Neste diapasão, a realidade política, social e histórica de dada sociedade, deve se compor na análise do caso concreto, para a compreensão do Direito e da sua inserção na Sociedade.

Para desvelarmos a realidade dos conflitos políticos é necessária a leitura de HABERMAS:<sup>17</sup>

“Una nueva zona de conflictos, em lugar del virtualizado antagonismo de clases y prescindiendo de los conflictos que las disparidades provocan em los márgenes del sistema, sólo puede surgir allí donde la sociedad del capitalismo tardío tiene que inmunizarse por medio de la despolitización de la mas de la población contra la puesta em cuestión de la ideología tecnocrática de fondo: precisamente em el sistema de la opinión pública administrada por los medios de comunicación de masas.”

Por conseguinte, verifica-se que os meios de comunicação (*mass media*), contextualizam os conflitos com um viés despolitizador, aumentando ainda mais a distância intelectual das classes sociais.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. **Ciencia y técnica como ‘ideología’**. 3ª ed. Madrid : Tecnos, 1997, p. 108.

<sup>18</sup> PASSOS, J.J. Calmon. Tutela jurisdiccional das liberdades. p. 85-94. In: **Revista de Processo**. n. 90. abr./jun. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998: “Nossa criminosa indiferença para com o outro, principalmente o mestiço e o nacional, acentuado pelo desastroso interregno autoritário de um quarto de século, fez-nos um país marcado por uma desigualdade real que torna a igualdade formal mera e pungente caricatura. A tudo isso, somamos o fato de haveremos chegado

É o direito à informação que é reduzido pela carência e/ou distorção da capacidade cognoscitiva da realidade.

Distância, aliás, que gera um choque com o próprio Direito, que deve impedir que os mais fortes oprimam e sufoquem os mais fracos.<sup>19</sup>

Dos tantos problemas sociais, como o da ‘Velha do Chapéu Grande’<sup>20</sup> à percepção da *selva selvaggia* do ‘mundo cão’,<sup>21</sup> inseridos no contexto de domínio e exploração da América Latina.<sup>22</sup>

A interseção do caso concreto, Direito e Sociedade, deve ser entendida, neste encobrimento ideológico, que aumenta as distâncias, já sobejas, entre as classes sociais. Já asseverou RIBEIRO,<sup>23</sup> que as classes ricas e pobres se separam umas das outras por distâncias sociais e culturais quase tão grandes quanto as que medeiam entre povos distintos.

muito tarde num mundo cada vez mais opressivo e excludente, padecendo da falta de consciência dessa tragédia ou desse desafio. E por aqui, por inconveniente ir adiante, e ainda por me parecer quanto dito bastante para evidenciar que as chagas que maceraram nosso corpo político ainda não desapareceram. Foi esse corpo chagado que vestimos com luxo e gala em 1988. Mas o hábito não faz o monge, nem o rótulo assegura a veracidade do conteúdo. Uma e outra coisa, antes de ajudar, desfavorecem com a deslealdade de anunciar, com falso brilho e pompa, um conteúdo que não está no continente”.

<sup>19</sup> CASTRO, Reginaldo Oscar de. Direito dos pobres/ Pobres direitos ou novos modelos de solidariedade social ? p. 391-398. In: **Portugual-Brasil ano 2000 : Tema Direito**. Antônio de Pádua Ribeiro *et alii*. Coimbra : Coimbra Editora, 1999.

<sup>20</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. **Dicionário do Folclore Brasileiro**. 9ª ed. (1ª ed. 1954). Rio de Janeiro : Ediouro Publicações S.A., [s.d.], p. 403: “Fome. Os sertanejos do Nordeste personalizam a fome numa figura esquelética de velha, enorme, com um chapéu imenso. Chamam-na mesma ‘A Velha do Chapéu Grande’.”

<sup>21</sup> MELLO, João Manuel de; NOVAIS, Fernando, A.. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. p. 559-658. In: NOVAIS, Fernando A.(Coordenador). **História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**. (História da vida privada no Brasil; 4). São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

<sup>22</sup> OURIQUES, Nildo Domingos. O significado da conquista: cinco séculos de domínio e exploração na América Latina. p. 83-109. In: RAMPINELLI, Waldir José; OURIQUES, Nildo Domingos (org.). **Os 500 anos: A conquista interminável**. 4ª ed.. Petrópolis : Vozes, 1999.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro : A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo : Companhia das Letras, 1995, p. 210.

No presente capítulo, investigamos o caso concreto e a participação política, o casuísmo no Direito Romano e o caso concreto e o positivismo jurídico.

### 1.1. Caso concreto e participação política

A participação política é fundamental para a construção da sociedade igualitária e civilizada que se pretende chegar, por esta via, devemos vislumbrar, na participação política, o foro propício da luta para obtenção de espaços políticos, e, necessariamente, devemos nos referir a IHERING.<sup>24</sup>

"A luta é o trabalho eterno do Direito. Se é uma verdade dizer: Ganharás o teu pão com o suor da tua fronte, não o é menos verdade também: Somente lutando, alcançarás o teu Direito."

É nesta dimensão de luta, entendida amplamente, nos diversos segmentos sociais, com as suas expressões políticas, ideológicas e econômicas que devemos entender a participação, pois a 'democracia se constrói a partir da política e da proposta de seus agentes.'<sup>25</sup>

Quanto à democracia, modernamente, nos ensina TOURAINE,<sup>26</sup> que esta terá possibilidades de se desenvolver plenamente quando os atores sociais e atores políticos estiverem ligados uns aos outros e, portanto, quando a representatividade social dos governantes estiver garantida com a condição de

---

<sup>24</sup> IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo : Acadêmica, 1988, p. 80.

<sup>25</sup> FILHO, Nilson Borges. A difícil travessia da transição. p. 135-148. In: FILHO, Nilson Borges. (organizador) *et alii*. **Direito, Estado, Política e Sociedade em transformação**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris/CPGD - UFSC, 1995.



que essa representatividade esteja associada à limitação dos poderes e à consciência de cidadania. Por conseguinte, a democracia nunca está reduzida à vitória de um campo social ou político e, ainda menos, ao triunfo de uma classe.

O cenário político se funda na participação popular, e uma das expressões desta participação é o Direito,<sup>27</sup> que está intimamente conectado com o Estado Democrático.

Preleciona MELLO<sup>28</sup> que o Estado Democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados. O mesmo autor afirma que esta noção maneja conceitos fluidos ou imprecisos, tais como liberdade e igualdade.

Neste particular, o Direito se utiliza dos conceitos indeterminados, que, na definição de PEREIRA,<sup>29</sup> são:

“formulações ou expressões normativas que deixam ao intérprete ou aplicador do Direito a tarefa de preencher o significado da expressão do legislador, tarefa a realizar fazendo evoluir o normativo jurídico atendendo precisamente ao tempo (normativo) da aplicação e/ou ao caso concreto.”

---

<sup>26</sup> TOURAINE, Alain. **O que é democracia**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro : Vozes, 1996, p. 92.

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa : Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999, p. 49: “O direito curva o poder, colocando-o sob o *império do direito*.”

<sup>28</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. p. 255-264. In: **Revista de Informação Legislativa**. ano 35. n. 137. jan./mar. Brasília : Senado Federal, 1988.

<sup>29</sup> PEREIRA, M.S.D. Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**. Coimbra : Almedina, 1992, p. 19.

Ora, do caso concreto é que o Direito, mormente por meio dos conceitos indeterminados,<sup>30</sup> viabilizará as soluções que, em última análise, voltar-se-ão à Sociedade, no plano do Poder Judiciário.

Se a sociedade participa do Estado Democrático por meio de representantes eleitos que põe e executam normas, respectivamente nos planos dos Poderes Legislativo e Executivo, esta participação deve, em tese, ser exercida não somente na escolha dos representantes, para a constituição do cenário político, mas posteriormente às eleições, via partidos políticos.

Sobre os partidos políticos, lembremos BORGES FILHO<sup>31</sup> que afirma que, no Brasil, os partidos políticos não funcionam como elo de ligação entre o eleitor e o poder constituído, tanto no sentido de mobilização dos quadros para a discussão de questões de ordem global, quanto como espaço de motivação política ou, ainda, como intervenientes do processo decisório do governo que representam.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Conceitos de conteúdo lato cujas notas características constituem a flexibilidade e a plasticidade, tal como ocorre com os de (...) bem comum, (...) interesse públicos (...) razoável (...), ao labor do Direito. Conforme: SPOTA, Alberto G.. **O juiz, o advogado e a formação do Direito através da jurisprudência**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 37.

<sup>31</sup> BORGES FILHO, Nilson Borges. A difícil travessia da transição. p. 135-148. In: BORGES FILHO, Nilson. (organizador) *et alii*. **Direito, Estado, Política e Sociedade em transformação**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris/CPGD-UFSC, 1995.

<sup>32</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único à consciência universal**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 136. O ilustre autor brasileiro tece um paralelo entre a história da classe média e a história recente dos partidos políticos brasileiros afirmando que a classe média foi a grande beneficiária do crescimento econômico proveniente do regime militar brasileiro, que a conduziu a acreditar na preservação de suas vantagens e perspectivas. Esta classe média forjou-se mais apegada ao consumo do que à cidadania, sócia despreocupada do crescimento e do poder, daí a sua tolerância e cumplicidade, com o regime autoritário. Com o esgotamento do regime militar, instala-se uma democracia que guarda todos os vícios de origem, sustentando-se num regime representativo falsificado pela ausência de partidos políticos conseqüentes. Seguindo esta lógica as próprias esquerdas são levadas a dar mais espaço às preocupações eleitorais e menos à pedagogia propriamente política. A gênese e

Nessa linha, o vôo democrático é sustentado por múltiplas turbinas. E nem sempre todas funcionam bem, e algumas sequer funcionam. Nas sociedades centrais, a inércia democrática lhes permite o luxo de trazer como carga alguns pesos mortos de turbinas que falham ou não operam. Esse excesso é muito maior e torna-se perigoso em nossas sociedades (latino-americanas), onde os elementos democratizantes são muito menores (começando pela maior seletividade quanto às oportunidades) e onde não há uma inércia democrática, — mas um tremendo esforço para levantar vôo.<sup>33</sup>

Da participação e do processo decisório há de se lembrar, ainda, a denominada democracia administrativa, isto é, a regulamentação do processo ou procedimento de formação das decisões, nos órgãos da administração pública. Pois sem uma democracia administrativa, não há democracia, já que simplesmente transformar o cidadão eleitor, titular, por via representativa, do poder legislativo, o reduz entretanto, à condição de mero súdito, frente a um poder administrativo, cada vez mais avassalador, pela sua extensão e pelo mecanismos técnicos a seu dispor.<sup>34</sup>

---

as formas de expressão das classes médias brasileiras têm relação direta com a maneira como hoje se desempenham os partidos. Tal situação, porém, tende a mudar, pois a classe média começa a experimentar a escassez: a educação dos filhos, o cuidado com a saúde, a aquisição ou aluguel da moradia, a falta de garantia do emprego, a deterioração dos salários, a poupança negativa, e crescente endividamento, a apreensão dos filhos em relação ao futuro profissionais e as inúmeras manifestações cotidianos desse desassossego.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

<sup>34</sup> MIRANDA, Jorge. O direito de informação dos administrados, p. 457-464. In: **O Direito**. Ano 120º . III-IV. Jul./dez. Diretor Inocêncio Galvão Telles. Portugal : Tipografia Guerra, Viseu, 1988.

Participação significa não somente a intervenção no processo de decisão, mas também a fazê-lo na qualidade específica de quem introduz ou incorpora novos interesses no âmbito da estrutura decisória estabelecida.

Conforme preleciona DUARTE,<sup>35</sup> em primeiro lugar o sistema representativo onde a comunidade intervém no exercício do poder, não diretamente, mas por meio de representantes investidos num mandato para exprimir de forma autônoma a vontade da base de apoio; e em segundo lugar, a representação de interesses que visa assegurar no processo decisório — e, particularmente, na influência sobre a configuração da decisão — as unidades de interesses específicos dos representados.<sup>36</sup>

Na participação, deve-se respeitar e tolerar a diversidade das culturas, rechaçando-se a idéia de implantação de uma uniformidade cultural,<sup>37</sup> avessa ao ideário democrático.<sup>38</sup>

Em verdade, a proximidade do caso concreto com a participação, entendendo-a popular e democrática, tem sua gênese, na origem da idéia de Estado. Esta idéia se esboçou em fins do século XVI, com os alicerces de que o Estado é o único detentor do *Imperium* em seu próprio território, sendo todas as

---

<sup>35</sup>DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.** Coimbra : Almedina, 1996, p. 110.

<sup>36</sup>DUARTE, David. *Idem*, p. 111.

<sup>37</sup>GOMES, Luiz Flávio. Uma aproximação aos valores fundamentais do Estado democrático e social do terceiro milênio (Esboço de um Libelo Contra o Autoritarismo, a Intolerância, o Egoísmo, a Corrupção e a Miséria), p. 306-330. In: VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos *et alii*. **Uma vida dedicada ao direito : Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, O Editor dos juristas.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

demais corporações e organizações autorizadas a existir apenas mediante sua permissão.<sup>39</sup>

Pois, o Estado gizado na Constituição, autorizará e viabilizará a participação, por exemplo, na própria interpretação da Constituição, em que poderemos vislumbrar o caso concreto, na base das experiências constitucionais hermenêuticas anteriores (prospectiva) e na abertura para o futuro (perspectiva), ou melhor, nas lições de CANOTILHO,<sup>40</sup> invocando HÄBERLE. Com isto a interpretação não será, portanto, uma averiguação do ‘conteúdo objetivo’ das normas constitucionais e, muito menos, a reconstrução de uma hipotética vontade do legislador, mas um ‘processo’ interpretativo, desdogmatizado, situado no tempo, que capta as ‘experiências’ (abertura para o passado) e as mudanças (abertura para o futuro).<sup>41</sup>

Ainda e com efeito, no plano constitucional, deve-se interpretar o princípio do devido processo legal (*due process of law*) na dimensão procedimental, que se traduz em diversas garantias, que permitem e facilitam a proteção e a participação dos grupos, mais ou menos, marginalizados do processo

---

<sup>38</sup> Ver também: SIMÕES, Inimá. **Roteiro da Intolerância : A Censura Cinematográfica no Brasil**. São Paulo : Editora Senac São Paulo, 1999; BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.). **A intolerância**. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2000.

<sup>39</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo : Companhia das Letras, 1996, p. 621.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra : Coimbra Editora, 1994, p. 95.

<sup>41</sup> REALE, Miguel. Prefácio. In: COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 1981, p. XI: “Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador, quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (Natureza histórico-concreta do ato interpretativo).”

político. Ao mesmo tempo em que o controle da razoabilidade permite sindicatizar o conteúdo da norma, verificando se ela não atingiu indevidamente o núcleo dos direitos protegidos.<sup>42</sup>

Para conter abusos da lei arbitrária, ou do ato administrativo que deixa de atender ao fim contido na regra de competência, ou por desvio de poder, a Suprema Corte norte-americana construiu o *due process of law*, como essência da legalidade dos comandos da autoridade, ampliando-se o conceito, posteriormente, no denominado *substantive due process*, como remédio contra as restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa.<sup>43</sup>

Foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, que se aplicou o teste da racionalidade (*rationality test*) e, na sequência, o padrão da razoabilidade (*reasonableness standard*) como aferição da legalidade da legislação.<sup>44</sup>

Em síntese, a dimensão participativa, do Poder Judiciário, na composição dos poderes do Estado fez-se presente pelo viés dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entre nós, TÁCITO<sup>45</sup> enumera inúmeras decisões que confirmam o assento constitucional destes princípios no ordenamento jurídico brasileiro, e conclui que a rigor o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da

---

<sup>42</sup>LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 236.

<sup>43</sup> TÁCITO, Caio. O princípio da razoabilidade das leis. p. 487-495. In: **Temas de Direitos Público : Estudos e Pareceres**. 1º Vol. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

<sup>44</sup> TÁCITO, Caio. *Idem, ibidem*.

<sup>45</sup> TÁCITO, Caio. *Idem, ibidem*.

finalidade da lei que, por sua vez, emana do princípio da legalidade e que por conseguinte, a noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico.

A participação, por certo, como fundamento da Democracia, e do Estado Democrático de Direito, funda também a atuação dos intérpretes, que devem atender a efetivação do próprio conceito de participação, podendo valer-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para se aproximar do caso concreto, isto é, da realidade cambiante.

Uma extensão deste pressuposto é o próprio acesso à justiça pelos desfavorecidos, que devem, a rigor, participar do sistema judiciário do Estado, e ver efetivo este acesso, pois segundo CAPPELLETTI e GARTH,<sup>46</sup> um destes pressupostos é a própria assistência judiciária gratuita,<sup>47</sup> vital para a propositura e eventual sucesso das demandas:

“En la mayoría de las sociedades modernas, la ayuda de un abogado resulta esencial, si no obligatoria, para descifrar las leyes cada vez más complejas y los procedimientos arcanos que se encuentran al llevar una demanda civil a los tribunales. Por tanto, los métodos de dar representación legal a los que no la pueden pagar resultan de importancia vital.”

---

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. **El acceso a la justicia : La tendencia em el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos**. Traducción Mónica Miranda. México : Fondo de Cultura económica, 1996, p. 24.

<sup>47</sup> Ver ainda: ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. p. 09-46. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et alii*. **Garantias Constitucionais do Processo Civil :**

A conjunção de caso concreto e participação faz-se na expressão do Estado Democrático, na interpretação dos preceitos constitucionais, na leitura atenta ao princípio do devido processo legal, em síntese na efetivação da participação, que possibilitará o ingresso dos casos concretos às análises jurisdicionais diversas, em todos os foros e instâncias.

Participação, principalmente na dimensão, do ingresso dos casos concretos ao poder judiciário, e invocando MACHADO,<sup>48</sup> na inserção dos fatos da vida no jurídico:

“(…) Os enunciados ou textos legais, porque se integram num todo ou universo de sentido, porque as suas referências a factos da vida representam já ‘respostas’ a problemas postos à luz daquela unidade de ordem, e porque tais respostas reflectem uma concepção de Direito e de Justiça e, portanto, são já ‘interpretações’ autorizadas dessa concepção – têm como *referente principal* outro que não os factos da vida a que tais textos directamente se reportam.”

No item seguinte, analisaremos esta inserção, verificando o casuísmo do Direito Romano Clássico ao caso concreto no Positivismo Jurídico.

---

**Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>48</sup> MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador.** Coimbra : Almedina, 1989, p. 208.



## 1.2. O Casuísmo do Direito Romano Clássico

*A fortiori*, a primeira aproximação teórica sobre o caso concreto deve necessariamente passar pelo Direito Romano Clássico,<sup>49</sup> aliás como de resto, de qualquer tema de Direito.<sup>50</sup>

Quando investigamos o casuísmo no Direito Romano Clássico<sup>51</sup> devemos preliminarmente visualizar o conceito de *bona fides* que segundo MARTINO:<sup>52</sup>

<sup>49</sup> HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.** Portugal : Publicações Europa-América, 1997, p. 68-69-76. Segundo o referido autor, o direito de caráter casuístico incentiva a averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto. No casuísmo a justiça se faz com a solução ajustada a um caso concreto. “(A regra é aquilo que enuncia brevemente uma coisa. Não é a partir da regra que se extrai o direito; mas a partir do direito que existe que se faz a regra (...); a qual, quando se não verifica em alguma coisa, perde a sua força – D., 50, 17, 1).”

<sup>50</sup> JUSTO, A. S.. A Crise na Romanística. p. 13-132. In: **Boletim da Faculdade de Direito.** Vol. LXXII. Coimbra : Coimbra Editora, 1996. Demonstra a importância do Direito Romano citando ALBUQUERQUE, Ruy (A ‘*Fictio Iuris*’ no Direito Romano. Apreciação Crítica de uma Dissertação de Doutorado, Lisboa, 1989), que magistralmente afirma: “o jurista precisa não de chaves, mas de uma gazuia. De uma gazuia consistente numa *forma mentis* específica, misto de intuição e poder crítico. Desatualizem-lhe as bibliotecas, privem-no mesmo de livros, que, se ele for jurista, jurista há-de continuar a ser. A capacidade de propor, de ajuizar, de orientar, uma vez ganha não se perde. E para a dar, o estudo do Direito Romano é justamente um meio incomparável.” Cite-se ainda MIQUEL, Juan. **La enseñanza del Derecho em España.** 1978, p. 200-201: enumerando a importância do Estudo do Direito Romano assevera, dentre outras afirmações, que o seu estudo constitui também em antídoto contra o positivismo legalista que praticamente reduz à lei a produção do direito. *Apud* AMARAL, Francisco. A casuística romana. p. 91-104. In: **Revista Brasileira de Letras Jurídicas.** V. 1. n. 1. jan./jun. 1985. Rio de Janeiro: Academia, 1985; E ainda SURGIK, Aloísio. O Direito Romano e o Latim. In: **Jornal O Estado do Paraná.** Paraná. Edição de 23/04/00, p. 03: “De modo geral, a política educacional brasileira vem obedecendo aos ditames neoliberais. Além de se impor à sociedade brasileira a falsa idéia de que fora da cartilha do mercado não há salvação para a educação brasileira, ainda se insinua a inverdade de que tal situação vem ocorrendo no mundo inteiro.”

<sup>51</sup> VEYNE, Paul (Org.). **História da Vida Privada. V. 1. Do Império Romano ao Ano Mil.** Trad. Hildegard Feist. 13ª reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 1998, p. 14: “Por que os romanos ? Porque sua civilização seria o fundamento do Ocidente Moderno ?”

<sup>52</sup> MARTINO, Francesco de. **Individualismo y Derecho Romano Privado.** Traducción Fernando Hinestrosa. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 47.

“Entre los caracteres más hermosos del sistema clásico se encuentra el proyectar al máximo posible la moral em el derecho, al punto de que la *bona fides* aparece elevada a criterio de responsabilidad contractual y, por ende, a norma de conducta.”

Esta importância está no sentido de que Roma foi tão fecunda na sua criação jurídica quanto precisamente sua vivência da *fides*,<sup>53</sup> o dever-ser moral da conduta a ser seguida, com força cogente engendrada pelo próprio sistema.

Os principais negócios, estão dominados pelo critério da boa-fé e conseqüentemente, em diversas ações, o dever jurídico sancionado e a responsabilidade decorrente, assenta-se na *bona fides*, isto é, conforme um critério eminentemente social e ético,<sup>54</sup> que inclusive se projeta na plano internacional.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> CASTREANA, Amelia. **Fides, bona fides: un conceptio para la creación del derecho.** Madrid : Tecnos, 1991, p. 09.

<sup>54</sup> MARTINO, Francesco de. *Idem*, p. 80.

<sup>55</sup> NÖRS, Dieter. **La fides en el Derecho Internacional Romano.** Traducción Rafael Domingo. Madrid : Fundacion Seminario de Derecho Romano ‘Ursicino Alvarez’, 1996, p. 61: “Desde antaño, se dio culto a la ‘Fides’ como una especial potencia de Júpiter, el dios de los juramentos. Más tarde, a mediados del siglo III a.C., se le dedicó un templo en al Capitolio, en cuyas paredes se colgaron tratados internacionales. Cada año, los sacerdotes, en un carro cubierto tirado por dos caballos, eran llevados a realizar un sacrificio a la ‘Fides’, en el que se tapaba su mano derecha, símbolo del juramento y de la lealtad a la palabra dada. La opinión pública internacional se aprovechó de la permanente apelación de los romanos a la ‘fides’.”

Reafirme-se, neste ambiente, a preleção de SCHULTZ de que no princípio era o caso,<sup>56</sup> pois no Direito Romano Clássico é do caso concreto que emanam as soluções jurídicas.<sup>57</sup>

A palavra romana *ius*<sup>58</sup> (donde a derivação culta de jurídico, jurista etc...), segundo D'ORS,<sup>59</sup> significa o justo, a ordem jurídica socialmente admitida, formulado pelos que compreendem o justo, pelos *iuris prudentes*.

Evidente que o casuismo está intimamente ligado ao conceito de *iurisprudentia*, e a própria noção de jurisprudência abre, em princípio, as suas portas a toda e qualquer pessoa; nem profissão de jurisprudente, nem ensino necessário de jurisprudência; quando muito, um apuramento de faculdades, um treino de sensibilidade, uma especialização de experiências, uma sedimentação de resultados.<sup>60</sup>

Os pretores, na função que tinha a característica da temporariedade e da graciosidade, consubstanciavam em seus editos (verdadeiros códigos assistemáticos), as exigências da vida, advertidas pouco a pouco pela consciência

<sup>56</sup> SCHULTZ, Fritz. **Principios del Derecho Romano**. Trad. Manuel Abellán Velasco. Madrid : Civitas, 1990, p. 61, citado também por AMARAL, Francisco. A casuística romana. p. 91-104. In: **Revista Brasileira de Letras Jurídicas**. V. 1. n. 1. Jan./jun. 1985. Rio de Janeiro: Academia, 1985.

<sup>57</sup> KRELLER, Hans. **Historia del Derecho Romano**. Traducción Fernando Hinestrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 79: "(...) fórmulas e decisiones de casos que fueron ganando significado en la práctica judicial, y adquiriendo la naturaleza de 'derecho de juristas', producto inmediato y realización de la ciencia del derecho."

<sup>58</sup> CRUZ, Sebastião. Temas de Direito Romano : *Ius, Drectum (Directum) Dereito (Derecho, Direito, Diritto, Droit, etc.)*. p. 169-204. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra : Coimbra Editora, V. XLIV, 1968: "Há 'ius' porque a 'Iustitia' o diz - diríamos hoje (utilizando a definição de 'ius' tão simples quanto genial (...)) e a deusa *Iustitia*, outrora, ou hoje o *iudex*, diz que há Direito, quando o fiel da 'balança jurídica' está apuradíssimo (*examen de-rectum*), e portanto os dois pratos iguais (*bilances aequales*).

<sup>59</sup> D'ORS, Alvaro. **Elementos de Derecho Privado Romano**. Segunda edición. Pamplona : Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1975, p. 28.

jurídica comum,<sup>61</sup> com poderes legitimados pela eleição popular anual, que o transformavam num quase legislador,<sup>62</sup> através do edito que se apresenta como obra da jurisprudência.<sup>63</sup>

Os romanos, na época clássica, não se davam a questões puramente teóricas, conforme demonstram JÖRS e KUNKEL.<sup>64</sup> Exemplo disto é Quinto Múcio SCÉVOLA, grande jurista da época, do qual não é possível determinar a estrutura, em suas obras,<sup>65</sup> que apresentam uma sucessão muito meditada, profunda e ordenada de questões eminentemente concretas.<sup>66</sup>

A(s) parte(s) procura(m) o pretor que lhe(s) redige a fórmula<sup>67</sup> e a(s) encaminha ao juiz popular, que é escolhido pelas próprias partes, dentre uma lista de juízes indicados pelo Senado, e é ele que proferirá a *sentetia*.<sup>68</sup>

---

<sup>60</sup> VENTURA, Raul. **Manual de Direito Romano I**. Lisboa : Coimbra Editora, 1963, p. 72.

<sup>61</sup> COSTA, Emílio. **Derecho Romano : Publico y Privado**. Trad. Manuel Raventos y Noguer. Madrid : editorial Reus S. A., 1930, p. 235.

<sup>62</sup> BREONE, Mario. **História do Direito Romano**. Trad. Isabel Teresa Santos. Lisboa : Estampa Universitária, 1990, p. 111: “O magistrado comporta-se como legislador quando faz as suas escolhas e determina os seus objetivos entre os possíveis, traduzindo-os em esquemas típicos e formulações gerais; (...) Entre o pretor como órgão produtivo de normas, e os cidadãos, não se estabelece uma relação formal estadista; a sua é mais uma acção influente, que de experiência quotidiana e espontânea se transforma num texto vinculante.”

<sup>63</sup> BARREIRO, Alejandro Fernandez. **Presupuestos de una concepcion jurisprudencial del derecho romano**. Madrid : Universidad de Santiago de Compostela, Villena, Artes Gráficas, 1976, p. 27.

<sup>64</sup> JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**. Edición totalmente refundida por KUNKEL, Wolfgang. Traducción L. Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, S.A., 1937, p. 32: “Cuando, por el contrario, el jurista romano tocaba cuestiones teóricas puras, se mostraba em general completamente sobrecoigido e inseguro; generalmente se contentaba com reproducir lugares comunes filosóficos, aunque fueran oscuros e incompletos.”

<sup>65</sup> MONTENEGRO, Artur. **A conquista do Direito na Sociedade Romana**. Coimbra : Coimbra Imprensa da Universidade, 1934, p. 238 : “Os homens que deram vigoroso impulso aos ramos do trabalho manual entraram no campo jurídico como simples coisas.”

<sup>66</sup> JÖRS, Paul. *Idem*, p. 33.

<sup>67</sup> SCHULTZ, Fritz. **Derecho Romano Clássico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona : Bosch, Casa Editorial, 1960, p. 18: “La *formula* es más

Os jurisconsultos (*iuris prudentes*) aconselham, respondem consultas orais ou escritas aos pretores (magistrados) e aos juízes populares.<sup>69</sup>

A fórmula é o esquema abstrato que serve de modelo geral (à semelhança dos modernos formulários de requerimentos), para, no caso concreto, com as adaptações necessárias, redigir-se o documento (*iudicium*).<sup>70</sup>

A fórmula variava ao infinito, isto é, dependia do caso concreto que se apresentasse.<sup>71</sup> O juiz popular (aliás todo sistema foi popular) estabelece qual das partes está com o *ius*, e jura proceder segundo *bonum et aequum*, que compreende a célebre definição *ius est ars boni et aequi* (Celso, D. 1.1.1. pr.).<sup>72</sup>

Neste sentido, desenvolve-se a *ars romana*, numa técnica de elaboração e criação, em que a jurisprudência é dominada pela utilidade, pela eqüidade e pela justiça, numa belíssima adaptação das decisões com as

bien um decreto o intimación del magistrado em que se autoriza por éste, el acuerdo de las partes (*dare iudicium*) y ordena al juez que dicte sentencia (*iubere iudicare*).”

<sup>68</sup> Ver por todos: PROVERA, Giuseppe. Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel Diritto Romano. p. 55-67. In: **Diritto e processo nella esperienza romana**. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera. Napoli : Casa Editrice Jovene, 1994.

<sup>69</sup> CRUZ, Braga da. **Obras Esparsas**. Vol. I. Coimbra : Coimbra Editora / Acta Universitatis Conimbrigensis, 1979, p. 135-258.

<sup>70</sup> SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do Processo Civil Romano**. Curitiba : Edições Livro é Cultura, 1990, p. 55.

<sup>71</sup> SCHULTZ, Fritz. **Derecho Romano Clássico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona : Bosch, Casa Editorial, 1960, p. 18: “Em el caso concreto, la *formula* es sustancialmente obra de las partes y del magistrado. Correspondía al actor presentar una minuta de *formula* y el demandado podía proponer modificaciones a la misma.”

<sup>72</sup> PARICIO, Javier. **Sobre la administración de la justicia em Roma : Los juramentos de los jueces privados**. Madrid : Civitas, 1987, p. 79. Assinale-se a transformação, por Justiniano, do *aequum et bonum* por *leges et veritas*: “(...) parece muy probable que Justiniano ‘tradujera’ (convirtiera) el clásico *aequum et bonum* por *leges et veritas*, aunque es claro que no existe contraposición, para épocas históricas diferentes, entre una cosa y outra.”

necessidades da vida, num casuísmo fecundo, inspirado pelas diretrizes da equidade (*summum ius, summa iniura*).<sup>73</sup>

Este genial empirismo faz com que os juristas romanos evitem divisões e subdivisões inúteis, pois as análises jurídicas se realizam na formação e estruturação dos princípios do Direito.<sup>74</sup>

Entre os meios artificiais se destacam como os mais utilizados pela jurisprudência os atos de construção, os aparentes e as ficções<sup>75</sup> criadas pelos romanos, e a mais elevada: a extensão por analogia.<sup>76</sup>

Os casos seguem uma certa ordem sistemática interna, não havendo um aspecto processual e outro substancial (material) do Direito, ambos estão fundidos.<sup>77</sup>

Neste estabelecimento constante de paradigmas de resolução dos conflitos, encontram relevo os pressupostos que reúnem condições fáticas

---

<sup>73</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. Jurisprudencia Romana y actualidad de los Estudios Romanísticos. p. 55-83. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. XL. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1964.

<sup>74</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. *Idem, ibidem*.

<sup>75</sup> CIFUENTES, Rafael Llano. **Naturaleza Jurídica de la 'fictio iuris'**. Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1963, p. 67: “Um procedimiento técnico, por medio del cual el pretor o el legislador mandan al juez que tenga por existente (o inexistente) um hecho o requisito que realmente no existe (o existe), para lograr que uma concreta y limitada situación caiga bajo al ámbito (o fuera de él) de um Derecho anterior, consiguiendo de este modo corregirlo y ampliarlo (o reducirlo).”

<sup>76</sup> KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 52-53. Ver ainda: ATIENZA, Manuel. **Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico**. Madrid : Civitas, 1986; FALCON Y TELLA, Maria José. **El Argumento Analogico em el Derecho**. Madrid : Civitas, 1991, p.31-33.

<sup>77</sup> CRUZ, Sebastião. *Temas de Direito Romano : Ius, Directum (Directum) Derecho (Derecho, Direito, Diritto, Droit, etc.)*, p. 169-204. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. XLIV. Coimbra : Coimbra Editora, 1968: citando Álvaro D'Ors: “o *ius*, sob certo aspecto, pressupõe a *actio*, sob outro aspecto, pressupõe o *ius*.” (A. D'Ors, *Derecho Romano, Separata da Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, 1949).

semelhantes: o sujeito **A** (sujeito de direito) merece **B** (consequência jurídica) porque se dá a situação **X** (situação fática), qualquer outro sujeito (**A'**) que concorra para a situação **X** (situação fática paradigmática), merecerá **B** (consequência jurídica), e qualquer outro sujeito (**A'**) não atuar desta forma, não merecerá **B** (consequência jurídica), isto é, se violar a regra igualdade,<sup>78</sup> — noutros termos, prevalecia a isonômica analogia dos precedentes. Frise-se, porém, que cada caso é um caso,<sup>79</sup> e o pretor ou juiz popular, não estaria necessariamente vinculado ao precedente;<sup>80</sup> este era mais um rico vetor de decisão.

Ora, neste ponto, podemos concluir, ainda prematuramente, que a partir dos estudos dos romanistas, de uma técnica ('atécnica' na aplicação), de conceitos, casos-guia,<sup>81</sup> precedentes etc..., há a possibilidade da aproximação da vivência social na criação do Direito, na adaptação dos conceitos, ao descobrimento das soluções justas, que são legitimadas pelo voto popular.

Ilustremos com o caso clássico das pedras caídas no Tibre:<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina G. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid : Tecnos, 1993, p. 56.

<sup>79</sup> GHIRARDI, Juan Carlos. **El Derecho Romano y el Derecho Anglosajon**. Cordoba : Explanatio, 1994, p. 16-21.

<sup>80</sup> FRANCISCI, Pietro de. **Sintesis Historica del Derecho Romano**. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 202.

<sup>81</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. Jurisprudencia Romana y actualidad de los Estudios Romanísticos. p. 55-83. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. XL. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1964. Enumera com referências na técnica da decisão o Casos, Caso-guia, Regras e Axiomas jurídicos, Figuras e Instituições Jurídicas.

<sup>82</sup> MIQUEL, Juan. **Quaestiones, Docencia del Derecho a través del casuismo romano**. Madrid : Ariel Derecho, 1992, p. 27.

“Naufragou no Tibre um barco carregado com pedras de Tício. Extraídas por Caio ao cabo de certo tempo se pergunta a quem corresponde a propriedade e a posse das pedras.

Questões:

- a) Perde Tício a propriedade ?
- b) Perde Tício a posse ?
- c) Perde Tício a propriedade e a posse ?
- d) Tício retêm a posse solo animo ?”

A resposta correta é a que Tício somente perde a posse, (embora discutível em parte minoritária da doutrina romanística), pois Tício perdeu apenas o contato físico com as pedras.

O núcleo definidor da resposta está na posse de boa ou de má-fé na *sucessio possessionis*, onde o herdeiro de Tício ou outrem (Caio) adquire a posse pela nova apreensão da coisa.

Todavia, mesmo intuitivamente, percebe-se que para se verificar a boa ou má-fé haveríamos de obter mais elementos.

Neste diapasão, a investigação para definirmos o *ius*, estaria na boa ou má-fé do novo possuidor.

Tício tem a ação reivindicatória, pois não perdeu a propriedade e, para determinar o melhor Direito entre Tício e Caio é necessário o *Interdito Utrubi*, protetor do sujeito que possui a coisa móvel sem vícios (*nec vi, nec clam, nec precario*), com respeito a outra parte.



Neste casuísmo, verifica-se que a atividade do jurista está profundamente enraizada na vida e no ambiente sobre o qual labora, o praticismo e o realismo são as notas dominantes de toda a sua arte e técnica jurídica.

A atividade intelectual do prudente está sempre presidida para a simplicidade em todas as suas decisões.<sup>83</sup>

As noções abstratas necessitam se unir às noções concretas para se realizarem.<sup>84</sup>

Neste diapasão, cumprem os juristas uma função fundamental,. Daí porque o Direito Romano Clássico é por excelência um Direito de juristas,<sup>85</sup> essencialmente, dinâmico, flexível e permanentemente aberto aos problemas, tanto de ordem geral quanto concretos.<sup>86</sup>

A lógica foi sempre utilizada pelos prudentes romanos com o caráter instrumental, de maneira que em modo algum se sentiam atados por ela quando na sua aplicação podia derivar conseqüências desvantajosas para o logro da justiça material do caso concreto.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. **Casuismo y Jurisprudencia Romana**. Madrid : Artigrafia, 1973, p. 66.

<sup>84</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. **Casuismo y Jurisprudencia Romana**. Madrid : Artigrafia, 1973, p. 71, que cita GASPARRI. *Gli interessi umani e il Diritto*. Bolonia, 1951, p. 45: Preleciona que “acertadamente los juicios concretos como aquellos que tienen por objeto um hecho singular o um singular estado de cosas, pero individualmente determinadas. Em cambio, los juicios abstractos tienen por objeto no um hecho o estado de cosas singular, sino todos los hechos o estados pertenecientes a um tipo determinado.”

<sup>85</sup> BARREIRO, Alejandrino Fernandez. **Presupuestos de uma concepcion jurisprudencial del derecho romano**. Madrid : Universidad de Santiago de Compostela, Villena, Artes Gráficas, 1976, p. 15.

<sup>86</sup> BARREIRO, Alejandrino Fernandez., *Idem*, p. 33.

<sup>87</sup> BARREIRO, Alejandrino Fernandez. *Idem*, p. 17.

Em suma, o Direito elaborado pelos juristas romanos é essencialmente casuístico, numa estrutura casuística do ordenamento que segue um método empírico, encaminhado à solução dos problemas.<sup>88</sup>

Vale lembrar que, ao tempo da Jurisprudência Clássica, não existiam *lato sensu* codificações, e num comparativo com a época Teodosiana, Pós-Clássica, começa a se esboçar uma sensível redução nos poderes do juristas, *parri passu* às codificações<sup>89</sup> que se sucedem, culminando com Justiniano.

A lição histórica é clara ao demonstrar que no ciclo básico da jurisprudência (descobrimento de problemas, formulação de princípios e articulação do sistema),<sup>90</sup> possuía relevo a participação popular.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> BARREIRO, Alejandrino Fernandez. *Idem, ibidem*.

<sup>89</sup> BREONE, Mário. **História do Direito Romano**. Estampa : Lisboa, 1990, p. 272: “O movimento codificador nasce da necessidade de remediar a confusão legislativa, que tornava ainda mais difícil a tarefa, difícil em si, de administrar a justiça. Para a sua determinação contribuíram razões diversas: o fragmentado e inseguro conhecimento das leis imperiais (de que era inadequado o método de publicação e difusão), a variação da sua eficácia, ora particular ora geral, a mesma divisão administrativa do império em dias partes distintas. Quanto às opiniões dos juristas antigos, elas dispersaram-se num número imenso de livros.”

<sup>90</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. *Jurisprudencia Romana y actualidad de los Estudios Romanísticos*. p. 55-83. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. XL. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1964.

<sup>91</sup> SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do Processo Civil Romano**. Curitiba : Edições Livro é Cultura, 1990, p. 47. Assevera que o processo formulário teria sido uma criação da província,

### 1.3. Caso Concreto e Positivismo Jurídico

Primeiramente, quanto ao Direito, anotamos as belíssimas palavras de CUNHA,<sup>92</sup> o qual assevera a necessidade de se auscultar o senso comum, que associa ao Direito um conjunto de tópicos.

Procurando-os, aí teremos o Direito, ou o que lhe faça as vezes.

Quais seriam estes tópicos:

“(...)Polícias, ladrões, tribunais, assassinos, carrascos, papéis, papeladas, carimbos, selos, notários, amanuenses, burocratas, *guichets*, despachos, autorizações, alvarás, argúcias, sutilezas, contradições, interpretações, poderes, pompas, assembléias, leis, magistrados, togas negras, martelos de juiz, discursos de causídicos, lâminas de verdugo, clavas de salteador, forcas, tambores, que as anunciam, *tricoteuses*, sangue, algemas, grilhetas, degredos, choro, miséria, ranger de dentes, ódios, invejas, raivas, inocências, desesperos, e tardes de sol (às vezes aos quadradinhos; outras, no horizonte lavado das necrópoles) em que o tempo se suspendeu e parece chegar, finalmente, o perdão e a paz.”

---

depois transplantado para Roma, em virtude dos bons resultados nas províncias, tendo em vista a atenuação do rigorismo (do *ius civile*).

<sup>92</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Lições Preliminares de Filosofia do Direito**. Coimbra : Almedina, 1998, p. 68.

Onde estiverem estas coisas, aí estará o que se convencionou chamar normatividade. De cariz mais religioso, e/ou mais moral, numa fase histórica sincrética prévia à autonomização epistemológica do Direito, ou de timbre mais estadual (e laico). Quando depois dessa autonomização, uma longa decadência colocou o Direito nas mãos do soberano e este, que dele deveria cuidar delicadamente, o resolveu tomar para si e pô-lo ao seu serviço.<sup>93</sup>

Logo após, outros segmentos colocaram-no ao seu serviço, a burguesia dominante, com o fundamento da legitimidade popular, e modernamente no Estado intitulado Democrático.

Desta feita afirma-se o Estado laico, que despiu o Direito da religião,<sup>94</sup> daquele remoto carácter sagrado, *exempli gratia*, quando Antíloco, defendendo seu primeiro lugar num jogo grego em que Menelau chegara em segundo lugar, exclama: ‘eu não cometi irregularidade’ e Menelau lança o desafio: ‘Põe tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade’, e Antíloco,

---

<sup>93</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Idem, ibidem*.

<sup>94</sup> MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do Direito**. 2ª ed.. Coimbra : Almedina, 1995, p. 286: “Acontece mesmo que o direito recebeu das religiões às quais sempre andou mais ou menos ligado, com excepções recentes, as suas liturgias. Raras são as religiões que têm prescindido de um revestimento litúrgico. E isso tornará facilmente compreensível que à elaboração das leis, sob invocação divina, como a afirmação do que é direito (*jurisdictio*), em nome das divindades, ou dos reis, eleitos por elas e ungidos, tenha correspondido um formalismo rigoroso, que a maior parte das sociedades não abandonaram por completo.” Neste sentido observe-se ainda WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.77: “A solenização da palavra permite à ciência da lei mostra-se como saber enigmático, o saber de um poder suposto como absoluto, dotado da divina capacidade de dizer indefinidamente a verdade. Assim o jurisdicismo instala, como vínculo mágico entre a lei e a ciência, a palavra funcionando como ‘a voz digna da majestade’, conforme memorial afirmação de Justiniano (...).”

ante o desafio, que é uma prova (*épreuve*), renuncia a jurar, e reconhece assim que cometeu a irregularidade.<sup>95</sup>

Em verdade, devemos verificar, historicamente, o caso concreto e a evolução da *interpretatio* (denominada a atividade dos juristas romanos, sem qualquer intervenção estatal, que se desenvolveu mediante um contínuo processo de elaboração)<sup>96</sup> até o dogmatismo atual.<sup>97</sup>

Daquele ambiente em que o pretor e o jurista serviam ao mesmo fim: o justo e o eqüitativo, ambas as funções destinavam-se a atender com novos remédios as mutáveis necessidades humanas, que são as que, em definitivo, determinam a criação e transformação do Direito, como afirmou MODESTINO.<sup>98</sup>

*A fortiori*, no período seguinte, Pós-Clássico, deteriorou-se sensivelmente a Jurisprudência, restringida cada vez mais, pelo crescente poder

<sup>95</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro : Nau ed., 1996, p. 32.

<sup>96</sup> SURGIK, Aloísio. **Gens Gothorum : As Raízes Bárbaras do Legalismo Dogmático**. Tese apresentada no concurso para Professor Titular em Direito Romano na Universidade Federal do Paraná. Curitiba : U.F.PR, 1991, p. 20.

<sup>97</sup> GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. **Casuismo y Jurisprudencia Romana**. Madrid : Artigrafia, 1973, p. 56: “Por interpretar se entiende hoy la determinación del sentido y alcance de la norma jurídica plasmada en la ley, mediante el empleo de distintos medios técnicos entre los que destaca la valoración de la voluntad de la misma lei. Por el contrario, la *interpretatio* romana es un concepto omnicompreensivo de toda la actividade del prudente: opera, tanto en la revelación del *ius*, cuyas raíces hondas están en la propia realidad y en el desenvolvimiento de los estrictos y rígidos principios del primitivo *ius Quiritum* – con lo que se realiza por la antigua Jurisprudencia una verdadera creación jurídica –, como junto a las otras fuentes integrativas (leyes, senatusconsultos, edictos y constitutiones imperiales), en las que realiza una función de inspiración y complemento y, al mismo tiempo, la interpretación lógica e extensiva.” citado por SURGIK, Aloísio. **Gens Gothorum : As Raízes Bárbaras do Legalismo Dogmático**. Tese apresentada no concurso para Professor Titular em Direito Romano na Universidade Federal do Paraná. Curitiba : U.F.PR, 1991, p. 20.

<sup>98</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 21 : (D. 1, 3, 40 : *Ergo omne ius aut necessitas constituit, aut firmauit nosuetuto*.).

dos Imperadores.<sup>99</sup> Com efeito, as leis, que nasciam do povo, nos comícios, no Senado e pelos Magistrados, passaram a emanar da vontade dos Imperadores.<sup>100</sup>

Este sistema legal se desenvolverá posteriormente nas mãos da monarquia dos visigodos, *grosso modo*, após a queda do Império Romano,<sup>101</sup> mas com a continuidade do poder da Igreja, que se aliou com os Imperadores Romanos e introjetou sua estrutura Imperial de poder.

Ocorre que o monarca visigodo, como representante de Deus, tinha como dever supremo a direção da sociedade cristã colocada a seu cargo para conseguir o fim traçado por Deus. Daí o Direito assumia um caráter

---

<sup>99</sup> BRETONI, Mario e TALAMANCA, Mario. **Il diritto in Grecia e a Roma**. Roma-Bari : Editori Laterza, 1994, p. 119 : “Um istituto molto significativo, la cui origine risale ai primi decenni del Principato, à l’appello. L’appello contro le sentenze dei giudici inferiori (non di rado impreparati o corrotti, o l’una e l’altra cosa insieme) era favorito dal governo centrale. Ma bisognava fare i conti con le grandi distanzeda percorrere, con gli interminabili indugi nei tribunali più alti, con le pesanti spese dei giudizi; sicché il risultato pratico ‘era di far pendere la bilancia a favore dei ricchi’. Il principe-giudice, al vertice della piramide, poteva anche essere um principe giusto. Ma non accadeva raramente che la sua figura, esaltata dalle insegne e dai simboli del potere, restasse lontana e irraggiungibile nella vita reale come in um mosaico bizantino.”

<sup>100</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 52 : “Esta prática acabará por se consolidar no Baixo Império e etapas subseqüentes, revigorada pelo princípio, segundo o qual, ‘o que agradou ao príncipe tem força de lei’, conforme o texto a seguir, que se encontra em D. 1, 4, 1: “Quod principi placuit, legis habet uigorem, utpote quum lege Regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. Quodcumque igitur Imperator per epistulam et subscriptionem statuit, uel cognoscens decreuit, uel de plano interlocutus est, uel edicto praecepit, legem esse constat; haec sunt, quas vulgo Constitutiones appellamus.” (“O que agradou ao príncipe tem força de lei; assim há, com efeito, dado que por lei régia, que se promulgou acerca do império do príncipe, o povo lhe confere todo seu império e poder. Portanto, tudo o que o imperador estabeleceu por epístola ou subscrição, ou decretou como juiz, ou decidiu de plano ou ordenou em um edito, consta que é lei. Estas são as que vulgarmente chamamos Constituições.”)

<sup>101</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, *Ibidem*. E ainda, GARCÍA, Juan Antonio Alejandro. **Temas de Historia del Derecho : Derecho Primitivo y Romanizacion Juridica**. Sevilla : Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, p. 97 : “Este sistema legal por antonomasia, com el que se identifica ya el Derecho romano tardío y que simboliza la contralización, la opresión y la legitimación de uma sociedad desigual y jerarquizada, es el que se mantendrá em las épocas siguientes y se impondrá em España, heredado por la monarquía visigoda.”

inegavelmente dogmático,<sup>102</sup> instituindo-se assim, em face da proliferação legal, o que é possível chamar de legalismo dogmático.<sup>103</sup>

É a passagem do sistema inicialmente consuetudinário para outro, essencialmente legalista,<sup>104</sup> eliminado qualquer caráter popular.

A atuação dos Concílios, principalmente dos concílios de Toledo, operou historicamente o triunfo da lei, na tendência de eliminar qualquer outra fonte de Direito que pudesse resultar contraditória ou simplesmente complementar.<sup>105</sup>

Com o renascimento dos estudos do Direito Romano, no século XII, pelos Glosadores nos seus comentários ao *Corpus Iuris*, fundando-se no critério da autoridade, método escolástico com intensa aplicação na Teologia, das verdades dadas, das verdades relevadas divinamente, com a novidade de conseguir fazer acessíveis à razão estas verdades, constituindo-as num sistema compacto e homogêneo.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 24: “O papel da dogmática jurídica é similar ao que desempenha a doutrina do direito natural, a qual recorre à construção de um sistema ideal de controle e legitima-o. Os pressupostos ideológicos da dogmática, não confessos, são coincidentes com os do jusnaturalismo, apresentando as mesmas tendências e características de necessidades, universalidade e imutabilidade.”

<sup>103</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 82.

<sup>104</sup> GARCÍA, Juan Antonio Alejandre. **Temas de Historia del Derecho : Derecho Primitivo y Romanización Jurídica**. Sevilla : Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, p. 109 citado por SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 85.

<sup>105</sup> GARCÍA, Juan Antonio Alejandre. *Idem*, p. 91.

<sup>106</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 119.

Posteriormente, se sucedem os Comentadores, no século XIII, originando a atividade que fica conhecida historicamente como *mos italicus*, por ter se originado na Itália.<sup>107</sup>

Em oposição ao *mos italicus*, surge o *mos gallicus*, em França, dada a difusão e autoridade cada vez maior dos *coûtures*, ser considerado como um modelo abstrato mais do que como legislação vigente.<sup>108</sup>

O *mos gallicus* difunde-se na Holanda, conquanto o *mos italicus* na Itália e Alemanha, ambos perduraram na Europa até os séculos XVII e XVIII.<sup>109</sup>

Resumidamente, o Direito Romano Justinianeu vazou em Portugal pelas suas Ordenações e conseqüentemente para o Brasil. O importante a ser notado é que é a época do Direito Racionalista (1600 a 1800) em que a filosofia ocidental do Direito e do Estado são projeções do espectro do Direito Romano Pós-Clássico e do Direito Visigótico.<sup>110</sup>

Na brilhante síntese de SURGIK:<sup>111</sup>

“Na verdade, o legalismo dogmático-religioso-eclesiástico encontrou no Iluminismo uma ponte de passagem para o legalismo dogmático-‘racional’-estatal, através, principalmente, da Pandectística alemã, pelo *usus modernus pandectarum*, (uso moderno das *Pandectas*, isto é, dos textos do direito

<sup>107</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 126.

<sup>108</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 127.

<sup>109</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, *ibidem*.

<sup>110</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 138.

<sup>111</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 150.



romano justinianeu, do Baixo Império) e dos privatistas franceses. Assim, a burguesia, que triunfou pela Revolução Francesa, encontraria um meio de garantir seus privilégios e espaço já conquistados, enveredando pelo chamado Movimento Codificador Moderno, para regular a sociedade por extensos códigos e uma vasta rede tecno-burocrática alimentada pela proliferação legal.”

O movimento Codificador Moderno, assentado na união do Direito Natural (de fundo racionalista) e na planificação política da ilustração, viabiliza a troca no sistema capitalista.<sup>112</sup>

É de se ressaltar que o Código Civil Francês e o Alemão, dois focos de irradiação em que se nortearam os códigos modernos em sua grande maioria, no que diz respeito às bases romanas, não foram elaborados segundo os padrões clássicos, mas segundo os padrões imperiais.<sup>113</sup>

Em síntese, o legalismo dogmático-religioso, assim originado do contato dos visigodos com o Império romano e a Igreja, por meio da participação dos concílios eclesiásticos, em conjunto com as autoridades bárbaras, transformou-se depois em legalismo dogmático-estatal por obra principalmente

---

<sup>112</sup>MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do ‘paradigma civilístico’)**. Separata do V. XXXV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra : Coimbra Editora, 1990, p. 33.

<sup>113</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 155.

do racionalismo jurídico.<sup>114</sup> As raízes do sistema legalista se prendem à barbárie, situado nos povos godos — a *gens gothorum*.<sup>115</sup>

Quanto ao princípio da legalidade, de cunho eminentemente publicista, este se desenha a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, afirma-se, como finalidade, a conservação dos direitos naturais do homem, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2º), como reação ao monarca absoluto e irresponsável.

Assim, o princípio da legalidade estabelece-se como fundamento de direitos individuais e, por natural desdobramento, de direitos políticos de representação popular na constituição de poderes, reprimindo o absolutismo do poder estatal e condicionando a atividade da administração pública.<sup>116</sup>

Interessante é a anotação de SALDANHA<sup>117</sup> de que a idéia de Estado, estaria mais ao alcance do pensamento utópico do que o do Direito. Ou por outra, o gênero utopia se encontraria mais na teoria política do que na jurídica, pela confusão de política com o Estado, o Direito seria o campo da objetividade e da razão, *recta ratio*. As utopias têm um *logos* próprio e um *ethos* próprio, mas ambos são tributários da milenar imagem da perfeição, pretendidamente perdida (o paraíso perdido) e desajeitadamente procurada.

---

<sup>114</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 158.

<sup>115</sup> SURGIK, Aloísio. *Idem*, p. 159.

<sup>116</sup> TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade : ponto e contraponto. p. 337-347. In: **Temas de Direitos Público : Estudos e Pareceres**. 1º Vol. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

<sup>117</sup> SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia : Secularização e crise no pensamento jurídico**. Belo Horizonte : Livraria Del Rey editora, 1993, p. 72.

Evidente que ao não iniciado no Direito, ao vulgo, ao dito do povo, o referido conjunto de tópicos, compõe um multifacetado imaginário. Por vezes, faz o cidadão agir sem vislumbrar as consequências jurídicas de suas ações, por desconhecimento, ignorância ou despreocupação, ‘sem se preocupar se aquilo que fazem está ou não conforme a uma norma válida (...)’.<sup>118</sup>

Preleciona BOBBIO<sup>119</sup> que o juízo de validade da norma é decisivo para a conduta do cidadão, mas principalmente para a conduta do juiz, pois este faz o exame de validade. Verificando se a norma advém de uma autoridade com poder legítimo, se harmônica estruturalmente como o ordenamento jurídico, isto é, se compatível horizontal e verticalmente.

Neste cenário onde houve, enfim, ‘a monopolização da produção jurídica por parte do Estado,’<sup>120</sup> devemos destacar que o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, na qual a atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.<sup>121</sup>

Pois bem, quanto à inserção do caso concreto na normatividade é necessário assinalar que a o positivismo põe um limite intransponível à atividade interpretativa, pois a interpretação é geralmente textual. Em certas circunstâncias, quando ocorrer a integração à lei, pode ser extratextual, mas nunca será

---

<sup>118</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed.. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília : Universidade de Brasília, 1997, p. 61.

<sup>119</sup> BOBBIO, Norberto. *Idem, ibidem*.

<sup>120</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico : Lições de Filosofia do Direito**. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edison Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 1995, p. 27.

<sup>121</sup> BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 133.

antitextual, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei.<sup>122</sup>

Assim, o caso concreto se transforma em hipótese fática no positivismo jurídico.

---

<sup>122</sup> BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 214, ver ainda, SOUSA, António Francisco de. **‘Conceitos indeterminados’ no Direito Administrativo**. Coimbra : Almedina, 1994, p. 224. Afirma que mesmo no controle jurisdicional, dos tribunais administrativos, da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados, entende-se que o juiz deve desenvolver os mecanismos ao seu alcance no sentido do apuramento da única decisão certa (princípio da investigação), aquela

## Capítulo 2

### 2. Caso Concreto e hipótese fática

Sumariamente, o caso concreto se adapta à hipótese fática.

Anota FERRARA<sup>123</sup> que ‘o juiz é o intermediário entre a norma e a vida’, e que o é executor e não criador da lei, pois sua função específica consiste na aplicação do direito.<sup>124</sup> Também doutrina que a tarefa central do juiz é a determinação do direito,<sup>125</sup> que há de valer no caso concreto, valendo-se de três indagações:

“1ª Apurar que o direito existe;

2ª Determinar o sentido desta norma jurídica;

3ª Decidir se esta norma se aplica ao caso concreto.”<sup>126</sup>

Por conseguinte, um espaço muito pequeno está reservado para os magistrados e aos casos concretos não previstos ou previstos em ordenamentos

---

decisão correta, a sustentável, excluindo as possíveis decisões insustentáveis ou indefensáveis, que seriam decisões ilegais.

<sup>123</sup> FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. Manuel A. Domingos de Andrade, 4ª ed.. Coimbra : Arménio Amado editor, Sucessor, 1987, p. 111.

<sup>124</sup> FERRARA, Francesco. *Idem, ibidem*.

<sup>125</sup> Deve-se anotar criticamente que nesta passagem o conceito de Direito é utilizado como sinônimo do conceito de lei, quando em verdade, nem sempre lei é o Direito. Nesse passo veja-se SURGIK. Aloísio. Da violação da liberdade na cobrança de pedágio. p. 23-36. In: **Verba Iuris**. Ano I. nº 1º. Ago./98. Curitiba : Editora Universitária Champagnat, 1998: “Isto acontece obviamente quando a lei é injusta. E a lei é injusta quando á ilegítima, ou seja, quando não expressa os interesses da sociedade como um todo, mas tão-somente de setores isolados. É o caso, por exemplo, de leis que resultam de conchavos de bastidores, acordos de lideranças partidárias, interesses de certos grupos, pressão do poder econômico, etc. Cada lei daí resultante é lei, sem dúvida, sob o ponto de vista estritamente formal, mas, no fundo, não é Direito.”

ditos marginais ao Estado, pois a lei é sacrossanta,<sup>127</sup> não tolera concorrências argumentativas de eventual pluralismo jurídico.

Noutro universo, interessante notar a única lei da Abadia de Thélème, em Gargantua (Rabelais): *Faz o que quiseres*, que constitui, em si mesma, a negação da imperatividade.<sup>128</sup> Tal formulação confronta com o espaço de ‘liberdade’, de obediência e de conformação sociológica com uma moda ou padrão ditado do alto (seja da Divindade ou do poder), correspondente ao direito tradicionalmente conhecido como coativo, imperativo, universalista, igual para todos, planificando todos os homens.<sup>129</sup>

Por outra banda, há de se notar que os códigos e as coleções sistemáticas de leis, que passavam, antes de mão em mão, por gerações de advogados, devem ser reeditados em brevíssimos períodos de tempo, porque são tantas as inovações, por intermédio de leis complementares, medidas provisórias, regulamentos, ou por modificações a leis anteriores, que as edições de cinco anos atrás e, não raro, as do ano anterior já não refletem a verdadeira situação legal do momento. Periódicos, diários oficiais federais, estaduais e municipais, ampliam as páginas para dar espaço a tanta disposição que, dia a dia, começa a vigor.<sup>130</sup>

Poderíamos afirmar então que à medida que as necessidades da vida em sociedade vão surgindo, progressiva e desenfreadamente, alteram-se as

---

<sup>126</sup> FERRARA, Francesco. *Idem*, p. 113.

<sup>127</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia : do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1996, p. 293.

<sup>128</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Idem*, p. 295

<sup>129</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Idem, ibidem*.

leis para açambarcar, cada vez mais, as novas hipóteses. Tal observação, porém, procede em parte, pois se, por um lado, cada dia mais a vida em relação é regradada, por outro a legislação, manifestação imperativa por essência, destinada a ser conhecida, entendida e, em consequência, respeitada por todos os cidadãos, sofre uma deformação monstruosa, convertendo-se num ditame hermético e passa a constituir artifício para o cidadão honesto, disposto a acatar tudo aquilo que a autoridade legítima lhe possa reclamar.<sup>131</sup>

Pois, conforme preleciona MONREAL:<sup>132</sup>

“ (...) a legislação mais recente se apresenta, como um conjunto de regras, a bem dizer empíricas, destinadas a estear malzados problemas criados pelas novas condições de vida social, mas sem lhes dar solução eficaz; carentes de coordenação, entre si, ou de referência à legislação antiga, e baldas dessa encadeação lógica que se podia admirar nas grandes leis e códigos de outras épocas.”

Os juristas, por sua vez, não fazem política própria, mas aplicam uma política, estadual, unitária,<sup>133</sup> ditada e contida na legislação.

O posicionamento da codificação em face do político e do jurídico, à substância e à técnica no Direito vai conduzir, com o seu triunfo, ao tecnicismo

---

<sup>130</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gilmar Pereira dos Santos. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 41.

<sup>131</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. *Idem*, p. 46.

<sup>132</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. *Idem*, p. 48.

(muitas vezes de má técnica), ao legalismo positivista (logo com a escola da exegese), à desresponsabilização dos juristas, à sua banalização e abaixamento do seu nível, moral cultural e até técnico, e à despolitização do Direito praticado, na verdade hiperpolitização enquanto produto da política.<sup>134</sup>

Ao decidir (optar) qual norma se aplica ao caso concreto, não somente o juiz, mas também o advogado, quando da propositura da *actio*, adentra no emaranhado legislativo, para encontrar a norma que ilumina o caso concreto.

Ocorre, muitas vezes, a incongruência entre o caso concreto e a hipótese fática, seja pelo desuso da lei, — o comando normativo esqualido, mas com potência sancionatória. Seja pela ausência de previsão normativa, isto é, na incompletude total do ordenamento para novos casos. Seja pela incompletude parcial da hipótese fática, — que terá como elemento integrador das lacunas, o costume *praeter legem*, os princípios gerais de Direito, a observação e aplicação de leis análogas, e/ou à construção hermenêutica pelos precedentes jurisprudenciais.

Aliás, o costume é, por excelência, o modo de revelação do Direito, pois revela diretamente a ordem normativa da sociedade, independentemente da atitude que perante ele tomam os governantes, e até não obstante a atitude que os governantes tomem.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia : do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1996, p. 320.

<sup>134</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Idem, ibidem*.

<sup>135</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito : Introdução e teoria geral : Uma perspectiva Luso-Brasileira**. 7ª ed. . Coimbra : Almedina, 1993, p. 252.



Pode ocorrer que após o costume ser assimilado pela legislação, posteriormente, a norma caia em desuso, pela ausência da crença reiterada na sua observância e obrigatoriedade, que atinge, *in radice*, o costume e o próprio preceito normativo. Exemplo interessante disto é a figura do duelo na Itália.<sup>136</sup>

Em suma, a hipótese fática prevista na norma muitas vezes se afasta do mundo real. Devido a, este distanciamento e seus desdobramentos, há vácuo entre os operadores jurídicos e a (sua) realidade, o discurso jurídico e o caso concreto e o poder criativo da jurisprudência — analisamos a seguir.

---

<sup>136</sup> CUPIS, Adriano de. **Costume e Diritto**. Padova : Cedam, 1994, p. 16 : “Passo a considerare le manifestazioni del costume collettivo in relazione alle quali questo muta nel tempo, evolvendosi. Una prima espressione dell’evoluzione consiste nella decadenza di una antica manifestazione del costume, successivamente scaduta nel sentire sociale, col conseguente affievolimento dello stesso costume. Ciò si è verificato per il duello, già considerato come reazione prodotta dalla ritenuta offesa dell’onore, e conseguentemente sottoposto ad apposita disciplina giuridica (artt. 394-402 cod. Pen.), e poi, nell’epoca contemporanea, considerato come retaggio di un costume non più profondamente sentito. Il superamento, peraltro, non há inciso sulla disciplina giuridica, che è rimasta inalterata (artt. Citt.): trattasi, dunque, di un caso in cui all’evoluzione (in senso negativo) del costume non há corrisposto l’evoluzione del diritto.”

## 2.1. Os operadores do Direito e a realidade

Os juristas utilizam-se da doutrina como elemento articulador das normas jurídicas e se limitam em discutir como deve ser o dever-ser e não como o dever-ser é, perdendo-se numa espiral de redundância, que pode ser útil para as lides forenses, mas completamente sem valor para uma construção mais consistente sobre o Direito, ou a construção mais articulada das próprias práticas judiciais.<sup>137</sup>

A ordem (ascética e linear) da norma enfrenta a desordem do mundo.<sup>138</sup>

A origem do problema também está na formação dos profissionais do Direito, no desmantelamento da Universidade Pública, e conseqüentemente do saber crítico, e por certo, a sina dos cursos jurídicos serem de baixo custo e transformarem-se num investimento de lucro fácil:

“ (...) exigindo-se tão-somente salas, lousa e giz para suas atividades didáticas e uma biblioteca com algumas obras fundamentais completadas por um conjunto de trabalhos medíocres e conjunturais, que repassam *ad nauseam* as novas normas jurídicas que surgem, traduzindo uma leitura superficial, repetitiva e retórica do texto legal.”<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> AGUIAR, Roberto A. B.. **A crise da advocacia no Brasil : diagnóstico e perspectivas**. São Paulo : Editora Alfa-Ômega Ltda., 1991, p. 42.

<sup>138</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 44.

<sup>139</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 79.

Aspectos interessantes desta mercantilização<sup>140</sup> são: a docência de oportunistas não vocacionados, que transformam a cátedra em alguns instantes de suas vidas, para engrossar a clientela<sup>141</sup> e/ou a obtenção de prestígio e alimento da fogueira das vaidades pessoais; o rito das provas, que obriga a aprovação de acadêmicos (pagantes) despreparados; a diminuição das exigências dos conteúdos programáticas cada vez menores e superficiais.<sup>142</sup> Em suma, a expansão e trivialização dos cursos de Direito, das graduações<sup>143</sup> e pós-graduações, estas últimas também com profunda marca mercantil.<sup>144</sup>

A qualidade, sempre tratada retoricamente, nunca é mensurada em termos profissionais e sociais,<sup>145</sup> pois, na maioria dos testes e/ou concursos, avaliam-se aspectos mnemônicos e repetitivos do saber, em desprezo ao raciocínio crítico, amplitude de visão e criatividade.<sup>146</sup>

---

<sup>140</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 84: “A mercantilização dos cursos jurídicos é resultado do ótimo investimento em que eles se transformaram, já que são de baixo custo operacional e de alto retorno pecuniário, sem que haja reclamação sobre a qualidade do produto. (...) O professor finge que ensina e os alunos representam que aprendem”.

<sup>141</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 79.

<sup>142</sup> SANTOS, Almeida. Crise de Valores; Crise do Direito. p. 151-166. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 72. Coimbra : Coimbra Editora, 1996: “(...) E o ensino do direito. É chocante a sua degradação. Cerca de duas dezenas de faculdades de Direito, onde professam ex-alunos de fresca data e discutível qualificação (o catedrático é hoje um *specimen* mais raro do que o rinoceronte branco) inundam de juristas, a que só não falta canudo, o átrio do Instituto do Emprego. Vão alimentar, não duvido, a legião dos novos pobres. E, tão mau como isso, vão empobrecer, ainda mais, o nível técnico da ciência jurídica.”

<sup>143</sup> FONTELES, Claudio Lemos. Posicionamento diante do Judiciário. p. 259-264. In: PINHEIRO, José Ernane (Pe.). (Org.) *et alii*. **Ética, Justiça e Direito : Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. 2ª ed. (CNBB). Petrópolis : Vozes, 1996: “De plano, impõe-se atenção à formação universitária do advogado. As faculdades de Direito deixam muito a desejar. Em sua maioria entregues a ‘empresários do ensino’, fornecem — fornecem mesmo? — ‘reduzidíssima’ aptidão profissional.”

<sup>144</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 82.

<sup>145</sup> FONTELES, Claudio Lemos. *Idem, ibidem*: “Hoje, o fraco ensino, *teórico e personalista*, desvirtua claramente o fundamental papel reservado a esses profissionais, como operadores de transformação social na linha de formação de *sociedade autenticamente democrática*.”

<sup>146</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 80.

Com isto, está preparado o solo fértil para a semeadura de operadores jurídicos desconectados com a realidade<sup>147</sup> e descomprometidos com as transformações sociais.<sup>148</sup>

Assinale-se o afastamento profissional dos operadores do Direito, de outros domínios intelectuais, por considerá-los dessemelhantes aos padrões intelectuais que aceitam, que são os da metodologia do seu saber dogmático-legal; daí a tendência ao conservadorismo acadêmico, da elegante superioridade e dominação social dos homens do Direito, fundada na especificidade do seu preparo educativo.<sup>149</sup>

Inclusive deve-se notar que quanto maior a mobilidade social vertical dos concluintes (tomando-se como referência o grau de instrução dos pais), maior o conservadorismo acadêmico, pelo deslumbramento e encantamento ao curso de Direito.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup>PETEV, Valetin. Realidade Jurídica. p. 664-667. In: ARNAUD, André-Jean *et alii*. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do Direito**. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 665: “A idéia deste mundo, de uma tal realidade, vem suscitando há séculos grandes controvérsias tanto sobre a natureza como sobre a inteligibilidade da realidade.(...) Em filosofia social, o conceito de realidade é vinculado à idéia da ação humana, das condutas dos indivíduos e dos grupos sociais que se desenrolam na esfera de uma ordem institucional. Aqui discutem-se, segundo perspectivas conceptualistas, empiristas e realistas, os problemas da justificação das normas e dos atos sociais, bem como os problemas de sua interpretação, lógica e finalidade.”

<sup>148</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 155: “A lei jurídica é vista como suposta depositária de uma totalidade que permite proibindo (acaba permitindo o que não foi proibido), que delimita sentidos excluindo os sujeitos de sua significação em fechados e totalizantes jogos de significantes (tipicamente a figura do juiz neutro e de uma teoria jurídica pura), Atos de interpretação da lei jurídica feita por sujeitos que se negam a saber o que sabem.”

<sup>149</sup> SOUTO, Claudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris editor, 1992, p. 54.

<sup>150</sup> SOUTO, Claudio. *Idem*, p. 55.

Quanto ao Poder Judiciário, em linhas gerais, o modelo brasileiro é o tecno-burocrático, com longa tradição de ingresso e promoção por concurso,<sup>151</sup> e com os tribunais superiores compostos na base de indicação pelo governo federal, isto é, dentre os juízes dos tribunais de segundo grau. Somando-se ainda, a vaga do quinto constitucional, entre Advogados e Ministério Público que preenchem os tribunais de segundo grau, também com o ingrediente político de escolha pelos Executivos Estaduais e Federal.

Neste passo, o modelo brasileiro, tecno-burocrático é exceção na América Latina, crivada pelo modelo empírico-primitivo, em que prevalece a nomeação política. O tecno-burocrático é similar aos modelos europeus do século passado e das primeiras décadas do presente, em suma, é um modelo atrasado em relação ao mundo civilizado, mas adiantado em relação à América Latina.<sup>152</sup>

Assinale-se ainda o Supremo Tribunal Federal, assentado no ingresso pelo critério político, Poder Executivo e Senado Federal, sem a consulta direta ou indireta ao próprio Poder Judiciário.

Em verdade, existe uma expressiva diminuição do subjetivismo dos juízes, pelo desgaste do Poder Judiciário frente aos outros poderes,<sup>153</sup> diante de

---

<sup>151</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário : Crise, Acertos e Desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 125.

<sup>152</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Idem*, p. 123.

<sup>153</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. p. 47-75. In: **AJURIS**. V. 72. Mar./98. Porto Alegre : Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1998: “(...) o Judiciário, que neste País felizmente é qualificado como Poder nas Constituições, não obstante tantas restrições e dificuldades de ordem prática e política, e que muito aquém está das expectativas da sociedade mundial contemporânea, como, aliás, sempre esteve, deve impor-se como verdadeiro Poder, não através de mera retórica, mas de um processo revolucionário do seu modelo histórico tradicional, hermético e arcaico, a realizar uma profunda mudança em sua estrutura e em sua dinâmica, com planejamento científico e vontade política(...)”.

um presidencialismo tradicional e caudilhesco, que robustece(u) o Poder Executivo, condicionado aos interesses dos donos do capital, que também se fazem firmemente representar no Poder Legislativo.<sup>154</sup>

Em síntese, ainda o Poder Judiciário é o mais fraco, desde o início da República,<sup>155</sup> mas, a par disto, pode-se ambicionar que o provável estágio seguinte para o Brasil será o modelo democrático contemporâneo. Nesse modelo prevalece a eleição *inter pares*, escolas de magistraturas voltadas para complementação universitária e não substituição, eleição de juízes<sup>156</sup> e ministério público pelo voto popular, meritocracia na ascensão da carreira, abertura lateral de ingresso de advogados eleitos pelos seus pares, professores universitários designados etc...<sup>157</sup>

Exemplo interessante é o dos Estados Unidos da América, que em alguns Estados da União, prevêem o procedimento da remoção dos juízes estatais, denominado *recall*, que reflete uma forma de responsabilidade do tipo ‘social’, o *recall* é um procedimento popular, posto em andamento por um número suficiente de pessoas que podem, mediante petição, propor a remoção do juiz., Com base em tal petição, uma eleição popular especial é realizada sobre a questão da remoção.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> SOUTO, Claudio. *Idem*, p. 56 e também: SURGIK, Aloísio. O judiciário e o povo, p. 231-247. In: **Temas Críticos do Direito à Luz das Fontes**. Curitiba : Livros HDV, s/d.

<sup>155</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77.

<sup>156</sup> SURGIK, Aloísio. O judiciário e o povo, p. 231-247. In: **Temas Críticos do Direito à Luz das Fontes**. Curitiba : Livros HDV, s/d.

<sup>157</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Idem*, p. 182.

<sup>158</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 47.

Existe ainda, nos Estados Unidos da América, a possibilidade de não reeleição dos juízes estatais nos Estados da União em que a nomeação é eletiva por um período limitado, como também a possibilidade de não confirmação nos Estados em que a nomeação inicial dá-se por designação política não eletiva ('appointment'), mas com necessidade de confirmação popular eletiva algum tempo depois da nomeação.<sup>159</sup>

Questão pouco enfrentada em nosso país é a que diz respeito à composição dos tribunais, sob o aspecto da historicidade e perfil dos seus juízes,<sup>160</sup> v.g., seus valores, aspirações, religiões, traços de personalidade, perfis psicológicos,<sup>161</sup> classe social e tendências políticas.<sup>162</sup> Daí resulta também o questionamento da pluralidade que somente o concurso público não determina, pois anterior a este procedimento, há o acesso de toda população ao ensino básico

---

<sup>159</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Idem, ibidem*.

<sup>160</sup> Verifique-se a interessante pesquisa de HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito dos Códigos e o Direito da Vida**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

<sup>161</sup> MENDONÇA, Daniel. **Interpretación y aplicación del derecho**. Espanha : Universidade de Almería, Servicio de Publicaciones, 1997, p. 27: "El análisis de un mensaje puede no encontrarse sólo en relación con variables lingüísticas (semánticas o sintácticas), sino también con determinados estados internos del receptor. Parece necesario admitir que determinados factores vinculados con ciertas estructuras mentales pueden determinar el procesamiento de la información lingüística. Entre tales estados internos cabe distinguir los siguientes: cognitivo, motivacional, emocional y actitudinal (DÍEZ-ITZA, 1993, p. 149-178)".

<sup>162</sup> FERRARA, Francesco. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1987. p. 187: "Ao julgar, portanto, o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimentos extra-jurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio. Verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras do comércio ou da vida social, compõem um acervo inesgotável de noções do saber humano, de que o juiz todos os dias se serve no desenvolvimento da sua actividade. Tais são os 'princípios de experiência', definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, ganhos por observação de casos particulares, mas elevados a princípios autónomos com validade para o futuro. Estes princípios pode o indivíduo obtê-los directamente por indução dos factos; muitas vezes, porém, constituem um material adquirido de idéias, património comum da generalidade ou pelo menos de certo círculo de pessoas".

até o superior, possibilitando por conseguinte, a eventual abertura das portas às carreiras de Estado.

Um dos obstáculos à maior democracia<sup>163</sup> no Poder Judiciário, ainda é a velha mentalidade que remanesce, na convicção de que este Poder não deve reconhecer que tem deficiências, nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais. Essa convicção é freqüentemente reafirmada em discursos proferidos em solenidades, quando é comum ouvir-se a expressão ‘missão divina dos juízes’.<sup>164</sup>

Há uma (con)seqüência de conceitos, da figura dos tribunais (juízes) com o Direito e a Justiça, muito bem descrita nas palavras de CALAMANDREI:<sup>165</sup>

“O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei perceber que o direito não é uma sombra vã. Por isso, indica-se na *iustitia*, e não simplesmente no

<sup>163</sup> BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Trad. João Ferreira. Brasília : UnB, 1995, p. 233: “A democracia é seguramente o ordenamento político-social mais árduo. Ela supõe uma avançada maturidade ideológica e moral do cidadão em geral e não apenas de uma minoria elitizada”.

<sup>164</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 05.

<sup>165</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, visto por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 11. Ver também HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito dos Códigos e o Direito da Vida**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 44: “Distinguindo juiz e Justiça, o povo preserva mais aquele que esta. O juiz é entendida como pessoa e, por vasta parcela do povo, sua imagem chega a ser sacralizada. Para esta concepção sagrada do juiz contribuem as idéias religiosas, uma vez que, dentro da tradição bíblica, é bastante identificado o papel do juiz como missão divina de Deus.”



*ius*, o verdadeiro *fundamentum regnorum* – pois, se o juiz não for vigilante, a voz do direito permanecerá evanescente e distante, como as inalcançáveis vozes dos sonhos”

Esta (con)seqüência: juiz, direito e justiça; encobre, em verdade, a submissão dos juízes ao ordenamento posto, pois estes são aplicadores da lei ao caso concreto, surgido da controvérsia *inter partes*.

Por outro viés, na advocacia, se desenha a proletarização dos profissionais, pois o advogado empregador, em geral, não é bom patrão, não costuma pagar bem seus iguais, paga mal, burla a previdência, com sociedades fictícias, onde o sócio esmagadoramente minoritário é seu empregado assalariado real.<sup>166</sup>

O empregador controla o aumento da competência de seu subordinado, que trata causa menores, ou das partes mais trabalhosas dos feitos mais importantes, enfim, torna-se o mordomo do patrão.<sup>167</sup>

Outro aspecto relevante nesta advocacia é o exercício da profissão sem direção ideológica definida, isto é, o exercício da profissão sem finalidades concretas para o fortalecimento da cidadania,<sup>168</sup> sem resultado prático para os problemas sociais, mas meramente para a manutenção do *statu quo*.

---

<sup>166</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 125.

<sup>167</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 126.

<sup>168</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade.** Coimbra : Almedina, 1991, p. 52: “O tardo-modernismo jurídico encontra muitos juristas sem convicções, apenas vocacionados para o lucro e/ou a carreira, muita legislação, excessiva legislação contraditória e por vezes injusta, uma doutrina por vezes aprisionada pelo canto da

Oposto portanto, à observação de OSSORIO Y GALLARDO:<sup>169</sup>

“A luta entre o legal e o justo não é invenção de romancistas e dramaturgos, mas produto da realidade. O advogado deve estar bem apercebido para servir o segundo ainda que haja de desprezar o primeiro. E isto não é cálculo, é sentimento.”

Isto se deve sobretudo pela formação insuficiente que apresenta deficiências técnicas, carências de consciência de mundo e, conseqüentemente, carências de valores e projetos,<sup>170</sup> que transformam o advogado num pequeno burguês bem ou mal resolvido, inserido na liturgia profissional da advocacia e eventualmente à busca dum concurso público na magistratura, no ministério público ou noutro espaço profissional garantidor de estabilidade e prestígio.

A par desta visão crítica, analisando-se a função pública da advocacia, no seu proceder cotidiano, constatamos que o profissional do foro, trabalha essencialmente com a parcialidade em prol de seus assistidos. Nesse viés, o advogado que estuda o caso proposto, seja qual o ramo do Direito, deve se preocupar menos com a decisão final que venha a ser proferida do que em apurar se há argumentos suscetíveis de fazer vingar a solução que o cliente deseja e se

---

sereia do simples ‘épater de bourgeois’, uma subserviência do sistema à política, e desta aos interesses económicos, pessoais ou de grupo.”

<sup>169</sup> OSSORIO Y GALLARDO, Angel. **A alma da toga**. Trad. António de Sousa Madeira Pinto. Coimbra : Coimbra Editora, Limitada, 1956, p. 16.

<sup>170</sup> AGUIAR, Roberto A. B. *Idem*, p. 139.

tais argumentos se lhe afiguram justos,<sup>171</sup> — é o juízo prévio das possibilidades de sucesso ou insucesso da *actio*.

Descrição interessante, sob o aspecto do imaginário que ilustra o espírito combativo e o dever de parcialidade, é dum advogado sagaz, Claude Gaultier, desenhado por Munier-Jolain<sup>172</sup>:

“Era um espadachim da fala: cabeça calva, fronte sulcada de rugas, olhos chamejantes, nariz de águia, boca armada de dentes caninos, voz de corvo grasnando sobre a presa a quem ensangüenta com as unhas. “

Por conseguinte, também, o advogado deve possuir uma cultura muito ampla e profunda, uma inteligência desenvolvida, apta para assimilar os mais diversos conhecimentos,<sup>173</sup> diante da extraordinária evolução do conhecimento humano e seus desdobramentos nas relações sociais e no Direito.

O advogado, dominado pela chamada ‘estratégia de vitória’, deve pois, com o seu discurso, persuadir o Juiz, convencê-lo das razões que assistem ao constituinte e que invoca em juízo; por isso, a retórica (a arte ou técnica de

---

<sup>171</sup> GARÇON, Maurice. **O advogado e a Moral**. 2ª ed.. Trad. A. S. Madeira Pinto. Coimbra : Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1963, p. 35.

<sup>172</sup> ROBERT, Henri. **O advogado**. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 30.

<sup>173</sup> ROBERT, Henri. *Idem*, p. 35.

persuadir), que pertence à teoria da argumentação jurídica e das suas formas discursivas.<sup>174</sup>

Assinale-se que no contexto processual, prevalecem os deveres de informação, de lealdade e de zelo para com o patrocinado, porque é o ponto de referência inicial da relação de confiança que caracteriza o exercício profissional. O assistido tem direito a conhecer todos os fatos relativos ao exercício do patrocínio.<sup>175</sup>

No dever de informação, o advogado deve alertar ao assistido pelo seu patrocínio do tempo da demanda e neste ponto nos deparamos com a grave ineficiência da prestação jurisdicional.

Já advertiu TUCCI<sup>176</sup> de que quanto mais distante da ocasião propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória, daí defluindo o descumprimento do direito ao processo sem dilações indevidas, em que todos os membros da coletividade têm direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> GASPAR, Alfredo. **O Advogado e a sua liberdade de expressão nos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 14.

<sup>175</sup> CARDOSO, Augusto Lopes. **Do Segredo Profissional na Advocacia**. Coimbra : Tipografia Guerra, Viseu, 1997, p. 26.

<sup>176</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 144; ver ainda: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo sem dilações Indevidas. p. 234-262. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et alii*. **Garantias Constitucionais do Processo Civil : Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>177</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 74: “Outras falhas muito frequentes se referem à prática do nepotismo, ao desvirtuamento da função judicial para objetivos políticos, à excessiva demora no encaminhamento dos processos, havendo muitos casos em que se passaram meses e até anos à espera da apresentação de um relatório ou da redação de um voto ou acórdão”.

Somando-se à demora<sup>178</sup> na prestação jurisdicional<sup>179</sup> *lato sensu*, verifica-se que na seara dos direitos humanos, v.g., no processo penal, uma prodigalidade de disposições legais, fato que, teoricamente, pelo viés positivista, engendraria maior amplitude à solução dos problemas sociais que oprimem os indefesos e desassistidos, mas que se antagonizam com a realidade e se inserem num quadro de problemas<sup>180</sup> em que há manifesta desigualdade na distribuição da riqueza, violência policial, impunidade das elites econômica e política num Estado inescandivelmente falencial, sistema penitenciário desumano etc...

Em suma, a ficção jurídico-dogmática encobre a realidade aos operadores jurídicos, que, muitas vezes, desconhecem os espaços sociais que ocupam e podem ocupar com a ciência jurídica.

*Grosso modo*, dir-se-ia até que o Direito parece ter imitado a utopia,<sup>181</sup> construindo as suas constituições e os seus códigos civis como quem

---

<sup>178</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Coimbra : Aequitas, 1995, p. 247: grifa o direito ‘ indenização por erro judiciário’ consagrado no art. 5º, LXXV da C.F. Brasileira. A questão é se perquirir sobre a demora do julgamento e seus reflexos danosos às partes, ferindo o direito de ação, sobre o prisma da eficiência e eficácia e o descumprimento do Estado do dever da prestação jurisdicional rápida e segura.

<sup>179</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. p. 318-330. In: TUBENCHLAK, James ; BUSTAMANTE, Ricardo (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**. V. 10. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1995: Doutrina a propósito da efetividade do processo : “Dir-se-á que tampouco a ânsia de extinguir quanto antes o processo é atitude que se harmonize, sempre e necessariamente, com o propósito de efetividade. Nada mais certo: bem se concebe que a precipitação cerceie de modo intolerável o exercício do direito de ação ou de defesa”.

<sup>180</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. p. 455-481. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 87. V. 755. Set/98. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>181</sup> CACIAGLI, Mario. **Clientelismo, Corrupción y Criminalidad Organizada: evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 89: “Más sutil sería la tesis de la *banalización de la ley*, que alguien sugiere, banalización que viene del hecho de que, como todos aceptan la infracción de la ley para la pequeña corrupción y pierden el sentido de la legalidad, esos mismos están dispuestos a

conta, com rigor e pormenor, a vida de um povo ordeiro; e narrando nos códigos penais as consequências nefastas para o agente que gravemente quebre a paz da utopia.<sup>182</sup>

A obrigação da felicidade, a felicidade imposta por um poder total, que espelha toda a problemática da utopia, a exemplo da bela construção poética de HOLLANDA:<sup>183</sup>

“Agora eu era o rei  
Era o bedel e era também juiz  
E pela minha lei  
A gente era obrigada a ser feliz”<sup>184</sup>

Neste ambiente, submergem o Direito e seus operadores jurídicos (juízes, advogados e promotores – advogados do Estado que laboram em favor dos interesses da sociedade). Quanto à perfeição do ordenamento jurídico<sup>185</sup> é de

---

tolerar la gran corrupción. Desgraciadamente tampoco tenemos verificaciones empíricas para esta hipótesis, salvo quizás la experiencia cotidiana de muchos de nosotros.”

<sup>182</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia : do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1996, p. 192.

<sup>183</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Idem*, p. 227.

<sup>184</sup> HOLLANDA, Chico Buarque de. **Chico Buarque, letra e música: incluindo Gol de Letras de Humberto Werneck e Carta ao Chico de Tom Jobim**. 2ª ed.. São Paulo : Companhia das Letras, 1997, p. 152 (João e Maria, de Sivuca e Chico Buarque, 1977) citado por CUNHA, Paulo Ferreira da. *Idem, Ibidem*.

<sup>185</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História : Lições Introdutórias**. São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 226: “No Brasil do século XIX não é difícil perceber qual será o papel do jurista ou bacharel. (...) Alguns estarão atentos para o dilema do jurista letrado num país pobre. Mas de modo geral, sua perspectiva se consolida num cenário intelectual de idealismo: por formação e método, por isolamento social ou cultural, quando assaltados pela realidade brasileira propõem soluções idealistas e tenderão a confundir eficácia do direito com a imposição de medidas repressivas. Em outros casos, tenderão a acreditar na mudança social por decreto. Oliveira Vianna, na primeira metade do século XX, denunciava o idealismo desta formação e chamará a atenção para a distância entre o país legal e o país real (*Instituições Políticas Brasileiras* e *O Idealismo da Constituição*), entre os sonhos de ordem dos juristas (*Problemas de Direito Corporativo*) e seus efeitos conservadores e reacionários.”

somenos importância, os casos da vida, os quais deverão necessariamente estar previstos na norma, isto é, no dever-ser da felicidade.

Neste contexto, o discurso jurídico se afasta do caso concreto.

## 2.2. O discurso jurídico e o afastamento do caso concreto

O fundamento do discurso jurídico encontra-se na Constituição, que desenha o Estado. O Estado Democrático de Direito tem, por sua vez, um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência, mas sim as suas soluções.<sup>186</sup>

No plano legal e teórico, abundam fundamentos para ações afirmativas. Estas ações enquanto políticas compensatórias, adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Através delas, transita-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva.<sup>187</sup>

O princípio da igualdade, ensina CANOTILHO,<sup>188</sup> é a pedra de toque da directividade constitucional, pois ao exigir aplicação igual de direito igual, o princípio da igualdade pressupõe a necessidade de criação de uma igualdade de oportunidades através do legislador e esta igualdade assenta na

---

<sup>186</sup> STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 90.

<sup>187</sup> PIOVESAN, Flávia *et alii*. Implementação do Direito à Igualdade. p. 82-88. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 7. N. 28. Jul./Set. Revista dos Tribunais : São Paulo, 1999.

<sup>188</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra : Coimbra Editora, 1994, p. 484.



eliminação das desigualdades fáticas (sociais, econômicas e culturais) a fim de se assegurar a igualdade jurídica.

*A fortiori*, uma Constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares. Todavia a completa desregulação constitucional dos ‘excluídos da justiça’ legitima uma separação crescente dos *in* e dos *out* e não fornece qualquer arrimo à integração da marginalidade. Precisamente por isso, as ‘ilhas de particularismos’ detectadas em algumas constituições – mulheres, velhos e crianças, grávidas, trabalhadores<sup>189</sup> etc...

Quanto as aparentes desigualdades, contradições nas leis, hão de ser meios e modos de corrigir ou superar diferenças existentes entre pessoas ou situações, ou medidas tendentes a promover igualdade jurídica onde contingências sociais, naturais, econômicas, geográficas etc. ensejem configurar-se

---

<sup>189</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. p. 7-17. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 4. N. 15. Abr./Jun. Revista dos Tribunais : São Paulo, 1996. O consagrado autor defende um Constitucionalismo moralmente reflexivo através da mudança da direção para a contratualização que consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade – onde ele não se realizou — nas condições complexas da pós-modernidade. (...) A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças, aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’, ao contrato para as necessidades globais — remover as desigualdades, — o contrato cultural, tolerância e diálogo de culturas — o contrato democrático — democracia como governo global e contrato do planeta terra — desenvolvimento sustentado.

desigualdade, de tal modo que a imparcialidade da lei ou de Estado importaria verdadeira consagração e oficialização de tais desigualdades.<sup>190</sup>

Este mister pela igualdade está inserido na Constituição brasileira no rol das normas programáticas<sup>191</sup> dirigidas à ordem econômico-social em geral<sup>192</sup> e que dentre outras características são normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.<sup>193</sup>

São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial. Mas por outro lado, produzem importantes efeitos jurídicos,<sup>194</sup> pois são normas que contêm, além de princípios esquemáticos para atuação legislativa futura, também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica. Donde deflui que elas, consubstanciando um compromisso entre forças políticas contrárias, estão na base mesma do regime político, compreendido este como ‘um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram a concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram sua ordenação jurídica.’<sup>195</sup>

---

<sup>190</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. Atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 161.

<sup>191</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed., 2ª tiragem, revista, ampliada e atualizada. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 150.

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. *Idem, ibidem*.

<sup>193</sup> SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 151.

<sup>194</sup> SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 156.

<sup>195</sup> SILVA, José Afonso da. *Idem, ibidem*, (O autor remete a vários autores em nota de rodapé).

O alargamento das funções hermenêuticas das normas programáticas é tarefa dos juristas.<sup>196</sup>

Até este momento, articula-se o discurso da dogmática jurídica com a realidade, isto é, um discurso ‘comprometido’ com a transformação da realidade.<sup>197</sup>

Deve-se porém verificar criticamente, qual a real efetividade deste compromisso e qual realidade que está por se transformar ou se manter, pois se assim fosse, bastariam as leis, códigos ou decretos para a alteração da realidade social.

*Exempli gratia*, no Estado do Paraná, a edição da Lei Estadual nº 10701/93, publicada no Diário Oficial de 31/12/93, que determinou que a partir de 1º de janeiro de 1994, os restaurantes, lanchonetes, pizzarias e assemelhados, localizados em todo o Estado, destinassem cinquenta por cento, no mínimo, de seus lugares aos não fumantes, inclusive com a indicação dos lugares destinados

---

<sup>196</sup> SILVA, José Afonso da. *Idem*, p. 164: “em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguinte: I estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem institucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)”.

<sup>197</sup> SANTOS, Almeida. Crise de Valores; Crise do Direito. p. 151-166. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. 72. Coimbra : Coimbra Editora, 1996. Com a complexidade da realidade há a crise no sistema judicial, como anota SANTOS que ‘é hoje chamado a pronunciar-se sobre problemas que não domina e para os quais não foi criado.’

a não fumantes com a colocação sobre as mesas, do sinal internacional de proibição de fumar (?).<sup>198</sup>

Posteriormente, a realidade nacional quanto a este aspecto também foi alterada, daquela feita pela Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996, que a pretexto de dispor sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, instituiu no seu art. 2º:

“Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.”

E no seu § 1º disciplinando outros locais da proibição:

“§1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema.”

---

<sup>198</sup> BRASIL. Lei Estadual nº 10.701/93 de 30 de dezembro de 1993 (Estado do Paraná). O sinal internacional previsto não foi estampado nem descrito nesta lei (!).

A par da inacreditável invasão na esfera privada<sup>199</sup> (recinto privado) ou a não menos incrível multa que se instituiu para os infratores,<sup>200</sup> sem adentrar no mérito dos indiscutíveis malefícios do fumo a saúde humana, devemos atentar para algo mais grave, — a crise do Direito.

A este propósito SANTOS<sup>201</sup> preleciona que o imparável progresso da droga, o aumento da insegurança e da criminalidade; o recurso cada vez mais freqüente e tolerado ao exercício de poderes de fato (cortes de estrada, ocupação de lugares, proscrição de iniciativas) são revelações dessa rebelião, perante a qual o Estado recua até fronteiras de fragilidade que enfraquecem a própria ordem e em última instância a própria democracia e a mesma liberdade. E uma das características dessa rebeldia consiste na apavorante progressão do desrespeito pelas injunções do Estado, e muito particularmente pela lei.

---

<sup>199</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 49 : “O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade. Ou, mais precisamente, enquadra-se entre os direitos que constituem um atributo da personalidade, caracterizando-se por ser absoluto, indisponível e por não se revestir de natureza patrimonial.” Ver ainda: COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Agressões à Intimidade: o episódio Lady Di**. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 23: “(...) o homem vive como personalidade em esfera diversas: numa esfera individual e noutra esfera privada. (...) Enquanto indivíduo, o interesse por uma livre existência; enquanto co-partícipe do consórcio humano, o interesse por um livre desenvolvimento na vida de relação. Os direitos que se destinam à proteção da ‘esfera individual’ servem à proteção da personalidade, dentro da vida pública. Na proteção da ‘vida privada’, ao contrário, cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior.”

<sup>200</sup> BRASIL. **Lei Federal nº 9.294 de 15 de julho de 1996**. Estabeleceu no seu art. 9º, inciso V a multa de R\$1.410,00 (um mil, quatrocentos e dez reais) a R\$7.270,00 (sete mil, duzentos e cinquenta reais), cobrada em dobro, em triplo e assim sucessivamente na reincidência (!).

<sup>201</sup> SANTOS, Almeida. Crise de Valores; Crise do Direito. p. 151-166. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. 72. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

No sistema positivista, não há Direito sem lei, pois a lei dá força ao Direito,<sup>202</sup> e se não há lei, ou se as hão mas são desrespeitadas, não há Direito.

E a lei é cada vez menos respeitada e cada vez menos temida.<sup>203</sup>

Tradicionalmente, quem faz a lei não a aplica e os que as aplicam não a fazem.<sup>204</sup>

Cedemos agora mais do que nunca, sem a exclusão do próprio Estado, às tentações da fraude às leis. As crescentes demoras na sua aplicação, reforçadas por freqüentes suspensões e recusas da sua execução, fazem com que cada vez mais delinquir compense. Quem infringe a lei fá-lo, em regra, na convicção da impunidade, e esta convicção é cada vez mais fundada.<sup>205</sup>

Assistimos a um verdadeiro delírio legislativo,<sup>206</sup> a liberdade individual recua e a norma jurídica invade. Ao assumir uma atitude desrespeitosa

---

<sup>202</sup> DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley : El ‘fundamento místico de la autoridad’**. Traducción de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez. Madrid : Tecnos, 1994, p. 15: “Hay em su lengua (N.T. Língua inglesa) um cierto número de expresiones idiomáticas (...) La primera es ‘to enforce the law’, o incluso ‘enforceability of the law or of contract’. Cuando, por ejemplo, se traduce em francés ‘to enforce the law’ como ‘aplicar la ley’, se pierde esta alusión directa, literal, a la fuerza que, desde el interior, viene a recordarnos que el derecho es siempre una fuerza autorizada, una fuerza que se justifica o que está justificada al aplicarse, incluso si esta justificación puede ser juzgada, desde outro lugar, como injusta o injustificable. No hay derecho sin fuerza, Kant lo recuerda con el más grande rigor.”

<sup>203</sup> SANTOS, Almeida. *Idem, ibidem*.

<sup>204</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. Atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 51 (O autor nos remete a PALLIERI, G. Balladore, *Diritto Costituzionale*. 3ª ed., p. 83).

<sup>205</sup> SANTOS, Almeida. *Idem, ibidem*.

<sup>206</sup> NEVES, A. Castanheira. **DIGESTA: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. V. 1. Coimbra : Coimbra Editora, 1995, p. 294: “(...) assiste-se, por um lado, ao que bem expressiva e exactamente se considerou o ‘consumo do direito’ — a uma continua produção-consumo do direito, em leis, decretos, regulamentos, etc.,... mas de cuja eficácia temos boa experiência —; por outro lado, e em virtude também da sua perspetivação tecnológica, à entrega da criação-produção jurídica a ‘peritos’, a equipas técnicas e burocráticas, numa ‘expertocracia’ (F. Werner) que se projecta no seu conteúdo e profundamente lhe altera o espírito. Pelo que os resultados não podiam, na verdade, ser outros; já uma produção em série, desarticulada e de total instabilidade de prescrições jurídicas a prosseguir fins contingentes, que necessariamente avilta o sentido do direito e corrói a consciência jurídica — exactamente a situação, que ARNDT disse de ‘muitas leis e pouco direito’.”

em face da lei, o cidadão reage contra a sobrenormatização e tenta conquistar espaços de liberdade, de auto-afirmação e de participação política de que, por vezes com razão, se julga espoliado. Tenta, em suma, virar a justiça contra o Direito.<sup>207</sup>

Localizamos um profundo distanciamento do discurso jurídico e o caso concreto, primeiro o distanciamento dos operadores jurídicos e a realidade,<sup>208</sup> já tratado no item anterior, segundo o distanciamento das leis com a realidade social e conseqüentemente com os casos concretos.

A par desta crise na operacionalização do sistema jurídico,<sup>209</sup> FERRAZ JÚNIOR<sup>210</sup> anota que a dogmática está ligada a uma dupla abstração; a própria sociedade, na medida em que o sistema jurídico se diferencia como tal, constitui, ao lado das normas, regras para a sua manipulação, pois este é o material da Dogmática, tratando-se, portanto, da elaboração de um material abstrato num grau de abstração ainda maior.

Se esta abstração, de um lado, dá à Dogmática certa mobilidade, certa independência e certa liberdade, como condição do seu próprio trabalho, de

<sup>207</sup> SANTOS, Almeida. *Idem, ibidem*.

<sup>208</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 56: “Os livros cumprem cada vez mais uma função de ‘difusão’, e com este propósito se repetem textos, os discípulos escrevem sobre o mesmo tema que seus mestres. A finalidade é a de impor a idéia. A idéia contrária e a dúvida perturbam. Assistimos ao réquiem da pesquisa básica; não se discute nem se argumenta, salvo em escassos cenáculos acadêmicos. (...) O douto em Direito torna-se, pouco a pouco, um ‘exegeta’, um tradutor da lei especializada.”

<sup>209</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 140: “A imagem de crise do direito, de toda sorte, é uma falsa imagem: não é o direito, senão o direito burguês, do século passado (direito moderno/direito formal) que se vem transformando, para adequar-se à evolução do capitalismo, apto a bem servi-lo.”

outro, paga-se por isso um preço: a abstração e o risco de distanciamento progressivo da própria realidade.<sup>211</sup>

Perde-se de vista, no formalismo do sistema dogmático, a verdadeira conexão idéia-realidade e pretendem-se conhecer as construções mentais (as normas jurídicas, em nosso caso), separadas ou independentemente da realidade social que as produz.<sup>212</sup>

E em verdade, o modo mais apto a dignificar e engrandecer o trabalho do jurista consiste em reconhecer e velar pelos interesses populares, apreendendo as novas formas de inter-relacionamento humano que brotam no seio do povo, buscando traduzir-se em instituições jurídicas.<sup>213</sup>

O conhecimento desta realidade inicia-se pela percepção da história da realidade econômica e o discurso jurídico.<sup>214</sup>

Com efeito, a relação que se estabelecia no modo de produção antigo entre proprietários e não proprietários dos meios de produção e que era visível em Roma, torna-se oculta no modo de produção capitalista, porque essa

---

<sup>210</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. Rio de Janeiro : Max Limonad, 1998, p. 12.

<sup>211</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Idem*, p. 13.

<sup>212</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 21 (o autor remete a DÍAS, Elías. *Ideologia y derecho; para una crítica de la cultura jurídica de la sociedad burguesa* in *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid : Civitas, 1978, p. 189-190).

<sup>213</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 62.

<sup>214</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa : Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999, p. 56-57: “não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As ‘constituições de fachada’, as ‘constituições simbólicas’, as ‘constituições álibi’, as ‘constituições semânticas’, gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efetiva garantia se os princípios da própria ordem



relação passa, nesse modo de produção, a ser uma relação entre pessoas, sujeitos de direito. Ocorre, portanto, a ocultação da esfera de produção pelo direito moderno, que por sua vez, de uma função representativa do real, passa a ter, no modo de produção capitalista, também a função ideológica de mascarar a esfera de produção sobrepondo-lhe a esfera de circulação.<sup>215</sup>

O direito, pela transformação que sofre a sua instância judicativa, metaforiza a esfera econômica em esfera jurídica, o que vai implicar, ao nível do objeto da ciência jurídica, o deslocamento permanente, o efeito metonímico, da esfera de produção para a esfera de circulação.<sup>216</sup>

Neste sentido com as recentes evoluções nas telecomunicações, os mercados financeiros internacionais se sobressaem, mormente com a hegemonia da economia norte americana, se desenha o que se denominou de o império das finanças,<sup>217</sup> e com isto os cidadãos queixam-se da excessiva politização do direito, e tendem a considerar, não sem alguma razão, que o direito é cada vez mais o reflexo de interesses (econômicos) e cada vez menos a expressão de valores.<sup>218</sup>

Deste distanciamento, — o poder criativo da jurisprudência poderia vislumbrar uma superação para esta crise (?).

---

constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direção: a dos princípios, bens e valores informadores e conformadores da juridicidade estatal.”

<sup>215</sup> MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do ‘paradigma civilístico’)**. Separata do V. XXXV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 33.

<sup>216</sup> MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Idem*, p. 36.

<sup>217</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 123.

### 2.3. Os casos concretos e o poder criativo da jurisprudência

Por jurisprudência se entende o conjunto das orientações seguidas pelos tribunais no julgamento dos casos concretos.<sup>219</sup> Não há portanto jurisprudência em juízos singulares, mas somente em juízos colegiados. O juiz da causa é quase sempre singular, salvo as hipóteses de competência originária em juízos colegiados.

O desate do(s) conflito(s), no plano jurisdicional, dá-se com a sentença, que põe termo ao processo.<sup>220</sup> E por imposição do princípio da legalidade, a sentença deve conter a motivação fática e os fundamentos jurídicos que a engendraram, pois é a expressão da tutela judicial efetiva, que compreende a solução do litígio, pondo fim ao processo.<sup>221</sup>

No *iter* à decisão, muitas vezes a justiça se coloca nas extremidades dos brocardos *dura lex, sed lex* e *fiat iustitia, pereat mundus*.

Neste aspecto, surge o problema de posicionamentos diferentes entre os tribunais superiores; inclusive sumulando posições opostas, v.g., o

---

<sup>218</sup> SANTOS, Almeida. Crise de Valores; Crise do Direito. p. 151-166. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. 72. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

<sup>219</sup> PEREIRA, M.S.D Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**. Coimbra : Almedina, 1992, p. 99.

<sup>220</sup> VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. **Manual de processo civil**. 2. ed.. Coimbra : Coimbra, 1985, p. 12 : “Num outro sentido, mais concreto e ainda mais limitado, usa-se o termo processo como sinónimo de causa, litígio, pleito ou demanda, para significar a situação concreta resultante da pretensão deduzida em juízo por determinada pessoa contra uma outra”.

<sup>221</sup> PICÓ I JUNO, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona : Bosch, 1997, p. 60.

Superior Tribunal de Justiça com o Supremo Tribunal Federal,<sup>222</sup> ou os Tribunais Federais Regionais contrários entre si e com o Superior Tribunal de Justiça. E ainda, nas jurisdições especializadas: trabalhista, militar, eleitoral, e os Tribunais dos Estados, igualmente distantes entre si em temas idênticos.

Portanto, para se afirmar categoricamente qual a jurisprudência predominante, em dada situação jurídica, é necessária ampla pesquisa,<sup>223</sup> além de se delimitar qual o temário e quais os tribunais envolvidos. Forma-se deste emaranhado a *alea judiciorum* da *opinio iuris* dos profissionais do Direito, que diz essencialmente com valoração.<sup>224</sup>

É corrente nos meios jurídicos e junto ao profano, o mito da imparcialidade ou da assepsia<sup>225</sup> das decisões judiciais, que resulta do esquema

---

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1898 (Reclamação nº 935)**. Relator Ministro Octávio Gallotti. O Relator deferiu liminar em 06/10/98, suspendendo o reajuste retroativo a partir de janeiro de 1998, nos vencimentos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e dos juízes federais, quanto a aplicação da Lei nº 9655/98. Enquanto que o Conselho de Justiça Federal, em decisão unânime, referendou o ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, inquinado por inconstitucional, logo em seguida a suspensão da liminar. Posteriormente a liminar foi confirmada por nove votos a dois.

<sup>223</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 181 : “Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os freqüentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo. Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente; prefere ladeá-lo, procurar convencer de que se não aplica à hipótese em apreço, versasse sobre caso diferente”.

<sup>224</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 2. ed. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 531: “(...) o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas idéias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A sua função é justificar, subordinando-as à idéia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração”.

<sup>225</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 90. Doutrina: “caiu-se em uma caricatura da imparcialidade identificando-a com uma imagem altamente empobrecida do juiz, estereotipada e cinza, concebendo-o sem idéias próprias e desvinculando dos problemas da comunidade e da própria sociedade. (...) a ‘assepsia’ passa a ser a máscara ou o pretexto para os

da aplicação da regra de direito. Entende-se que o poder judiciário não pode transbordar o conteúdo da norma quando da subsunção ao caso concreto. Assim o poder jurisdicional é contido na aplicação das regras que são essencialmente produzidas pelo poder legislativo e/ou de forma anômala, pelo poder executivo, *verbi gratia*, no cotidiano inseguro e incerto das medidas provisórias na realidade brasileira.<sup>226</sup>

Ora, firmada a jurisprudência, os tribunais corroboram para a construção do precedente,<sup>227</sup> que gera, nos jurisdicionados, uma confiança de que suas pretensões serão resolvidas de um modo igual para todos, sem discriminações injustificadas, pois a regra do precedente constitui tanto uma garantia contra a arbitrariedade como a promoção da segurança jurídica.<sup>228</sup>

---

comportamentos mais inconfessáveis.(...) Quando uma estrutura judiciária garante o pluralismo, evitando esta dependência, no âmbito de uma democracia com liberdade de expressão e de crítica, o controle público da atividade judiciária é facilitado, pois qualquer parcialidade será mais facilmente observada e denunciada pelos diferentes grupos de opinião, internamente, e pela opinião pública em geral.

<sup>226</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição Resistente, p. 44-63. In: **Os 10 anos da Constituição Federal : temas diversos**. MORAES, Alexandre *et alii*. São Paulo : Atlas, 1999: “O presidente da República busca por todos os meios, e em parte já obteve, a concentração do poder. A legislação por meio de medidas provisórias já superou em quantidade e influência sobre a vida nacional a legislação ordinária do Congresso Nacional, numa evidente usurpação de funções. E a maioria dos parlamentares aceita passivamente esse avanço do chefe do Executivo, contentando-se em receber compensações pessoais ou corporativas, sem nenhuma consideração pelo interesse público.”

<sup>227</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Soares. Coimbra : Almedina, 1981, p. 86: Explanando sobre a autoridade da regra jurisprudencial dos juízes administrativos franceses ensina que resulta: “para administrados e administradores, um sentimento de obrigação relativamente à regra jurisprudencial idêntico ao que experimentam em relação à norma escrita, ligado à identidade da sanção. Assim a regra jurisprudencial apresenta todas as características da regra de direito, tanto sob o ponto de vista objetivo - existência de uma sanção - como do subjetivo - sentimento de obrigação que pesa sobre os sujeitos”.

<sup>228</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid : Tecnos, 1993, p. 87.

Por conseguinte, a regra do precedente jurisprudencial, envolve todo grupo social, pois a sentença não tem como destinatários tão somente as partes mas a própria sociedade.<sup>229</sup>

O comportamento dos tribunais molda, ajusta e orienta o comportamento dos indivíduos e da sociedade, frente às indagações quanto à aplicação das normas<sup>230</sup> em determinados casos concretos, significando em síntese que os enunciados valorativos dos tribunais engendram comportamentos sociais na medida que definem a previsibilidade de comportamentos.

A tarefa do juiz é cognoscitiva<sup>231</sup> e não volitiva.<sup>232</sup>

Assevera-se no positivismo que na aplicação da norma o juiz não pode criar,<sup>233</sup> pois sua liberdade lesiona a segurança jurídica, por deixar imprevisível o conteúdo jurisdicional futuro, maculando o princípio da igualdade

<sup>229</sup> TAMBÁ, Vassanta Porobo. **A jurisprudência : seu sentido e limites, do problema da 'injustiça' da lei e da 'certeza' do direito.** Coimbra : Almedina, 1971, p. 69.

<sup>230</sup> MARQUES, José Augusto Garcia e SILVEIRA, Luís Lingnau (Coordenadores) **Pareceres**, Vol. II. Procuradoria-Geral da República : Constituição da República Direitos, Liberdades e Garantias. Coimbra : Rainho & Neves, Ltda., [s.d.], p. 142. O Parecer nº 34/93, indica em nota de rodapé: ZIPPELIUS, Reinhold. **Jurisdiche methodenlehre.** 4. ed. München : C.H. Beck, 1985. p. 37;49: Assinala que quando da escolha de entre vários sentidos, deve encontrar o sentido isento de contradição hierárquica, que possibilite a conservação da norma, directriz hermenêutica a observar privilegiadamente nas relações da lei ordinária com a lei fundamental.

<sup>231</sup> Nesta cognição do juiz — frise-se que 'um fato pode ter ocorrido e (com meios de prova) processualmente ter-se como não-ocorrido.' Conforme VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo : Revista dos Tribunais co-editada com a EDUC, 1977, p. 243.

<sup>232</sup> OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional : sistemas de fuentes.** 2ª ed., 6ª reimpresión. Barcelona : Editorial Ariel S.A., 1998, p. 287. Ver ainda. D'AMICO, Paolo. Inconscio e Giurisprudenza. p. 625-634. In: **Rivista di Diritto Civile.** Anno XLIV nº 5. Settembre-Ottobre. Padova : Cedam, 1998: p. 632: "(...) così il giurista 'giochi' com gli enunciati, oggetto della sua attività interpretativa."

<sup>233</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis.** 2ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 1981, p. 230-271. Sobre as principais características da jurisprudência conceitual; jurisprudência analítica; Direito Livre e a jurisprudência sociológica. Sobre a Escola do Direito Livre: VIDAL, Felix M. Calvo. **La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?** Valladolid :

na medida que permite que em casos iguais tenham-se julgados diferentes, pois a lei é igual para todos. Por último, põe em perigo a unidade do Direito, isto é, poderiam juízes de localidades diferentes aplicar diferentemente a norma.<sup>234</sup>

Neste aspecto há também a idéia que mais vale sacrificar a possibilidade remota de uma justiça mais apurada, em certo número de casos, à certeza e à inflexibilidade de um direito estrito.<sup>235</sup>

Entre a certeza e estabilidade das normas para segurança do tráfico jurídico não pode comprometer-se a harmonia aparentemente contraditória com a fluente e variável da vida.<sup>236</sup>

Em síntese, o juiz seria o ‘porta voz’ do Direito, entendido neste sentido como norma. Nos casos não previstos, haveria um espaço criativo<sup>237</sup> intersticial.<sup>238</sup>

Neste labor, interpretar uma lei é definir-lhe o conteúdo normativo — quer no seu essencial, quer nos seus desenvolvimentos marginais, — é devendar-lhe a significação e alcance, para aplicá-la.<sup>239</sup>

---

Editorial Lex Nova, 1992, p. 103-115. E ainda: LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa : Fragmentos, 1990, p. 92-98.

<sup>234</sup> OTTO, Ignacio de. *Idem*, p. 290.

<sup>235</sup> TAMBÁ, Vassanta Porobo. **A jurisprudência : seu sentido e limites, do problema da ‘injustiça’ da lei e da ‘certeza’ do direito**. Coimbra : Almedina, 1971, p. 71. Remete a PIRES, Lima. Oração de Sapiência. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. XXXVII. Coimbra : Coimbra Editora, 1961, p. 70-71. E ainda: MONCADA, Cabral. Rev. de Dir. Est. Soc., Ano VII, p. 184. O qual preconiza à jurisprudência um papel mais atuante dos juízes por meio das ‘cláusulas gerais’ (abuso de direito), regras de experiência, circunstâncias do caso, dos ‘conceitos indeterminados’ e por uma mais lata jurisdição de ‘equidade’.

<sup>236</sup> SPOTA, Alberto G.. **O juiz, o advogado e a formação do Direito através da jurisprudência**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 56.

<sup>237</sup> ALPA, Guido. **L’Arte di giudicare**. Roma : Gius. Laterza & Figli Spa., 1996, p. 6-7.

<sup>238</sup> HART, H. L. A.. **O Conceito de Direito**. 2ª ed.. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 337.

A dimensão atemporal da norma não deve ser desconsiderada, pois, tradicionalmente, tem-se que situar o legislador hipotético no condicionalismo do tempo em que a lei foi trazida a público, ou antes no condicionalismo do tempo presente, tendo-se assim a dualidade: sentido objetivo histórico e sentido objetivo atual.<sup>240</sup>

E a sociedade, por sua vez, não se esgota no momento presente, e a vida das gerações que, em cada época coexistem, são contemporâneas ou coetâneas. Apresenta também uma consubstancial dimensão histórica, pois cada época transmite às seguintes a sua experiência, os seus conhecimentos,<sup>241</sup> as suas criações culturais, as suas respostas as interrogações e problemas fundamentais, que depois são acrescentados, revistos, postos em causa, vividos e pensados, a partir da sua circunstância existencial e social própria, pelas gerações seguintes.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> ANDRADE, Manuel Augusto Domingues. Sentido e Valor da Jurisprudência (Oração de sapiência lida em 30 de outubro de 1953) . p. 255-294. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XLVIII. Coimbra : Coimbra Editora, 1972.

<sup>240</sup> ANDRADE, Manuel Augusto Domingues. *Idem, ibidem*.

<sup>241</sup> Analise-se e.g. a proibição contida no art. 183, inciso XIV do Código Civil brasileiro com o avanço científico sob o aspecto da certeza da gravidez que pode ser constatada poucos minutos ou no máximo em 24 horas por meio do exame sangüíneo, métodos estes que não existiam quando da edição do Código Civil Brasileiro: “Art.183. Não podem casar (arts. 207 e 209): (...) XIV — A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho.”(grifamos) (redação de acordo com o Dec. Leg. 3725, de 15.1.19). In: NEGRÃO, Theotônio. Org., sel. e notas, com a col. de José Roberto Ferreira Gouvêa. **Código civil e legislação civil em vigor**. 18ª ed. atualizada até 05/01/99. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 90-91. Ver também: BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. 10ª atualizada por Achilhes Beviláqua. V. II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954, p. 15.

<sup>242</sup> TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito : Introdução à Filosofia Jurídica**. Portugal : Imprensa Nacional, Casa da Moeda,[s.d.], p. 72.

Como o sistema legal pressupõe a forte estruturação lógica da mensagem legislativa, sendo a condição da sua inteligibilidade e da sua eficácia no círculo muito vasto dos seus atuais destinatários.<sup>243</sup>

A inteligibilidade emparelha-se com a gigantesca babel legislativa, pois quanto mais numerosas são as leis, mais injusto se entremostra aos olhos dos cidadãos o dever de as conhecer todas.<sup>244</sup> Sobre isto, já disseram os romanos: *Corruptissima res publica plurimae leges*.<sup>245</sup>

Quanto à legitimidade popular do Judiciário, em geral, ainda não se tem a eleição direta dos juízes pelo povo. E numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo devem ter poderes de criação do Direito, isto é, por meio das leis.<sup>246</sup> Este é o preço que se tem que pagar pelos juízes para evitar que ocorram inconvenientes, *e.g.*, o reenvio da questão ao poder Legislativo, pois aos juízes não é dado o direito de remodelar códigos ou amplas reformas, mas apenas as regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos.<sup>247</sup>

Os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita, e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um órgão democraticamente eleito pode encontrar-

---

<sup>243</sup> HESPANHA, António Manuel. Lei e justiça: História e prospectiva de um paradigma. p. 05-58. In: HESPANHA, António Manuel *et alii*. **Justiça e Litigiosidade : história e prospectiva**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

<sup>244</sup> SANTOS, Almeida. Crise de Valores; Crise do Direito. p. 151-166. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 72. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

<sup>245</sup> Tradução: República corrupta, múltiplas leis.

<sup>246</sup> HART, H. L. A.. *Idem*, p. 338.

<sup>247</sup> HART, H. L. A.. *Idem, ibidem*.



se na situação de não poder modificar um ato de legislação judicial. Este controle democrático somente poderia ser assegurado por um dispositivo complexo da revisão da Constituição.<sup>248</sup>

Em se tratando de Constituição brasileira e processo de revisão do poder constituinte derivado, recentemente, quando dos dez anos da Constituição de 1988, DALLARI<sup>249</sup> assinalou a prática reiterada de personagens importantes da República na agressão e na tentativa de anularem-se direitos, desrespeitando ostensivamente a Constituição, impedindo a aplicação de seus preceitos relativos a direitos e garantias fundamentais, deformando-a por meio de emendas aprovadas mediante práticas antiéticas e antijurídicas.

Revolvendo à questão do caso concreto e o poder criativo da jurisprudência, analisemos os comentários de CANOTILHO<sup>250</sup> quanto ao caso da Quinta do Taipal. Do direito de enxugo de terrenos que compunham uma área úmida de cerca de cinquenta hectares cujo *habitat* natural abrigava animais e espécies raras e que se fossem feitas as ações de enxugo (Direito de Propriedade) irremediavelmente o equilíbrio ecológico sairia prejudicado de toda a área (Direito Ambiental).

Assim o direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado, no caso concreto, se afirmaria como a expressão do seu núcleo, mais valioso, do mínimo necessário à sua existência, e que, portanto,

---

<sup>248</sup> HART, H. L. A.. *Idem*, p. 339.

<sup>249</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição Resistente*, p. 44-63. In: **Os 10 anos da Constituição Federal : temas diversos**. MORAES, Alexandre *et alii*. São Paulo : Atlas, 1999.

justificaria a ‘subida’ à matriz constitucional para afirmar sua tutela, — decidiu o juiz de primeiro grau.<sup>251</sup>

Em seguida, em sede de recurso de revista, a sentença foi confirmada, dentre outros fundamentos, pelo fato de que na colisão de direitos com dignidade constitucional (direito ambiental e do direito de propriedade), a natural prevalência do interesse público sobre o interesse privado resolve o caso.<sup>252</sup>

Subindo os autos para o Supremo Tribunal de Justiça, este determina a volta do processo para à Relação de Coimbra para conhecer de questões não apreciadas.<sup>253</sup>

Posteriormente, voltam os autos novamente para o Supremo Tribunal de Justiça que, em síntese, fundamenta a concessão da revista para cassar o acórdão e conseqüentemente a sentença, pelo fato de que a criação de uma área protegida para aves seria o mesmo que alargar ilegalmente a jurisdição dos tribunais, substituindo-se estes aos poderes da Administração.<sup>254</sup>

Nos comentários, CANOTILHO anota que as operações de interpretação e de ponderação decisória não devem confundir-se, pois uma coisa é a operação interpretativa, visando assinalar um significado aos enunciados

---

<sup>250</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade (Crítica de jurisprudência Ambiental)**. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

<sup>251</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 19 (Sentença do Tribunal Judicial de Montemor-o-Velho).

<sup>252</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 32 (A Revista, — recurso processual similar à Apelação no direito brasileiro, faz referência a CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed.. Coimbra : Almedina, [s.d.], p. 495).

<sup>253</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 43.

<sup>254</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 78.

normativos dos várias ‘legisladores’ ambientais. Outra coisa é o balanceamento ou a ponderação de direitos e interesses em conflito, designadamente entre o direito do ambiente e o direito de propriedade privada.<sup>255</sup>

Eis que o problema da ‘delimitação-restrição’ do conteúdo da propriedade justificada pelo interesse público de proteção da natureza coloca também problemas sérios no que toca à ‘conformação-concretização das relações jurídicas pelo legislador e pelo poder jurisdicional.’<sup>256</sup>

O problema complicou-se, pois não existe sobre o assunto qualquer concretização legislativa para além dos preceitos constitucionais, convencionais e legais, de carácter geral e abstrato. O silêncio quanto ao problema central — e que constituía também o cerne deste litígio — suscitando-se o problema de saber se a proibição de usos tradicionais de solos agrícolas ou de outros usos até então não utilizados, mas economicamente possíveis, constituem, no silêncio da lei, uma vinculação social.<sup>257</sup>

Em síntese, na *opinio iuris* de CANOTILHO<sup>258</sup> a decisão ecologicamente mais adequada foi do Tribunal de Montemor-o-Velho e da Relação de Coimbra. E na verdade conclui que o ‘legislador do ambiente’ permanece ilicitamente inativo sob o ponto de vista constitucional, internacional e comunitário. E o ‘legislador do processo’ também demonstra sérios défices de imaginação para acudir preventivamente o ambiente.

---

<sup>255</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 83.

<sup>256</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 99.

<sup>257</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 101.

<sup>258</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Idem*, p. 108.

Duas constatações destes vácuos se avizinham: a primeira é o do ‘não direito’ (norma) — os exemplos são inúmeros a começar pela chamada economia informal, ou paralela.<sup>259</sup> A segunda é a de que o sistema jurídico legalista está superado para a tarefa de resolver as questões da vida tão intensamente em transformação.<sup>260</sup>

Demonstra-nos CANOTILHO que a obediência e o entendimento do juiz frente aos princípios constitucionais deve ser pautada num exame profundo do caso concreto e os princípios constitucionais que o iluminam.

Nesse sentido a análise do caso concreto e o poder criativo da jurisprudência passa necessariamente pela hermenêutica jurídica, isto é, o labor mais precioso dos juristas, a teoria da interpretação.

Do caso concreto e destas possibilidades, tratamos a seguir.

---

<sup>259</sup> SANTOS, Almeida. Crise de Valores; Crise do Direito. p. 151-166. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 72. Coimbra : Coimbra Editora, 1996. Quiçá na tendência de unificação dos sistema jurídicos diante do surgimento de novos blocos econômicos supranacionais, SANTOS, já o disse: “quando tudo se mundializa, a tradicional babel dos sistemas jurídicos, ao dificultar a tendência para a redução à unidade de todos eles, deixa um desequilíbrio cada um.”

### Capítulo 3

#### 3. Caso Concreto e as suas possibilidades no Direito

Para analisarmos o caso concreto, preliminarmente, devemos compreendê-lo como hipótese fática prevista na norma e o seu *iter* no processo e/ou procedimento.

Neste aspecto os ordenamentos jurídicos prevêm a (re)construção da verdade processual, que pode ou não coincidir com a denominada verdade material, ocorrendo a cognição do juiz, dum fato que pode ter ocorrido e (com meios de prova) processualmente ter-se como não-ocorrido.<sup>261</sup>

*Exempli gratia*, a lembrança do genial escritor CONY,<sup>262</sup> que ilustra a vida de Figueiredo, um burguês, bom pai de família, que chega a noite, de um viagem rápida a São Paulo, e no seu quarto encontra nus, em cima da cama, a sua mulher e o sócio, e, próximo e este, um copo partido, cujos resíduos foram examinados posteriormente pelo Instituto de Criminalística e cuja malignidade foi devidamente provada.<sup>263</sup>

---

<sup>260</sup> SANTOS, Almeida. *Idem, ibidem*.

<sup>261</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo : Revista dos Tribunais co-editada com a EDUC, 1977, p. 243.

<sup>262</sup> CONY, Carlos Heitor. O burguês e o crime. p. 270-278. In: MORICONI, Ítalo (Organização, introdução e referências bibliográficas). **Os Cem Melhores Contos Brasileiros do Século**. Rio de Janeiro : Objetiva, 2000. Ver ainda: ASÚA, Luis Jiménez. **Crónica del Crimen**. 6<sup>a</sup> ed. (1<sup>a</sup> ed. 1929). Buenos Aires : Depalma, 1994; DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>263</sup> CONY, Carlos Heitor. *Idem*, p. 274.

A perícia, com a ajuda de Figueiredo, reconstituiu os acontecimentos. Ele viajara a São Paulo, voltaria na noite seguinte. Tão logo se mandou pela estrada, — Ema, sua esposa, chamara o amante, seu sócio, — por sua vez a perícia examinou a vagina de Ema e encontrou sinais evidentes de coito recente. O imperscrutável aconteceu — e o relatório policial foi respeitoso, ao afirmar que, ‘após manterem relações de fundo sexual, os dois amantes decidiram pôr fim à vida através de um pacto de morte que foi imediatamente cumprido’.<sup>264</sup>

Em síntese, Anselmo, amante de Ema, esposa de Figueiredo, preparou o veneno e Ema bebeu estoicamente, sem repugnância, pela morte ou pelo gosto de amêndoas que saía do copo. E Anselmo, logo em seguida, ingeriu o restante. Contorceram-se pouco, e logo se imobilizaram — e foi assim, que, à noite, Figueiredo e mais tarde a polícia os encontraram.<sup>265</sup>

No 18º Distrito Policial o pacto de morte foi classificado como ‘Ocorrência nº 53.697’ e arquivado após o despacho do delegado-auxiliar, cumpridas as formalidade legais e pagas as taxas do costume.<sup>266</sup>

Este pequeno caso, ainda que fictício, ilustra o processo de transformação da verdade material para a verdade judicial ou processual.

Daí a razão pela qual, a (re)construção do caso concreto no processo ou procedimento deve estar sempre atenta aos procedimentos

---

<sup>264</sup> CONY, Carlos Heitor. *Idem, ibidem*.

<sup>265</sup> CONY, Carlos Heitor. *Idem, ibidem*.

<sup>266</sup> CONY, Carlos Heitor. *Idem, ibidem*.

tecnicamente confiáveis e os mais seguros possíveis, sem descuidar do direito ao contraditório e à ampla defesa, na conjugação da celeridade e segurança.<sup>267</sup>

Efetivamente, a verdade judicial, como qualquer outra realidade, só pode ter um valor muito relativo, no conhecimento do magistrado, a qual chega a ele através de depoimentos e interrogatórios, suportando um largo trabalho de transformação, desde a sensação, momento inicial, até a exposição verbal ou escrita, que é o momento terminal.<sup>268</sup>

Um exemplo clássico deste labor é o de Tício que avistou uma sombra nos campos e fugiu precipitadamente. Caso fosse interrogado logo a seguir, limitar-se-á a dizer que viu uma sombra e poderia, talvez, acrescentar qualquer observação ilustrativa da sua percepção. Mas se no dia seguinte lesse nos jornais locais que, naquele local, foi encontrado um homem assassinado, precisará, pouco a pouco, a sua recordação, com minúcia, sem se dar conta de que estaria a completar a sua percepção com fatos que veio a saber posteriormente.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das Partes. p. 91-131. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et alii*. **Garantias Constitucionais do Processo Civil : Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999: “O contraditório traduz-se no binômio *informação-reação*, sendo relevante a observação de que a primeira é sempre *necessária*, sob pena de provocar nulidade dos atos e termos do processo e tornar ilegítimo o provimento final, e a segunda é apenas *possível*.”

<sup>268</sup> ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária : o processo psicológico e a verdade judicial**. Vol. I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra : Armênio Amado, editor, Sucessor, 1981, p. 21.

<sup>269</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Idem*, p. 43.

E se estes jornais locais publicarem os sinais do suposto assassino, poderia Tício deixar-se suggestionar a ponto de pensar que distinguiu esses sinais, podendo vir a transformar-se numa terrível testemunha de acusação.<sup>270</sup>

Por conseguinte, é na memória que será buscada a verdade material, e ela é considerada a mais importante das funções psíquicas, pois sem memória não pode haver nada na inteligência: nem imaginação, nem juízo, nem linguagem, nem consciência, ela é o fecho da abóbada do edifício intelectual.<sup>271</sup>

A par destas anotações, devemos também analisar o caso concreto como aquele não previsto na norma jurídica ou ainda, aquele caso que mesmo previsto, também na sua existência fática é particularíssimo, singular, pois o ordenamento jurídico transforma casos diferentes, e sempre o são, em casos juridicamente iguais qualificando-os.

Precisamente nestes aspectos é que surgem as possibilidades do caso concreto no Direito, entendidas não somente no ordenamento jurídico posto.

No Direito Comparado, podemos buscar no realismo jurídico escandinavo,<sup>272</sup> uma visão diferenciada do positivismo, na qual se parte de uma atitude severamente crítica perante a metafísica, entendida como toda a combinação de palavras, cujo estatuto epistemológico não pode ser determinado com certeza por aquele que as emprega. E como toda a opinião que crê encontrar algo de real na realidade em si, bem como perante todas as correntes

---

<sup>270</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Idem, ibidem*.

<sup>271</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Idem, ibidem*.

<sup>272</sup> Sobre o realismo Escandinavo ver: COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 1981, p. 286-293.



epistemológicas baseadas na idéia do primado da consciência, sustentando que só o que é real, i.e., o mundo empírico dado no espaço e no tempo, pode ser objeto de conhecimento e investigação científica.<sup>273</sup>

Do conjunto de teses do realismo jurídico escandinavo, tem-se a concepção de que o pensamento jurídico deve ser interpretado segundo a mesma lógica que fundamenta as restantes ciências sociais, i.e., de proposições de *ser*, pois não constituiu um conhecimento normativo específico, expresso em proposições de *dever ser*.<sup>274</sup>

Com algumas poucas afinidades com o realismo escandinavo, surgiu, a partir da década de 30, nos Estados Unidos da América, o realismo jurídico norte-americano,<sup>275</sup> para além de uma atitude também marcadamente empírica e anti-formalista.<sup>276</sup>

Sua questão primordial é a de saber o que é efetivamente e na realidade o Direito vigente num determinado país e em certo momento, à qual não nos respondem as normas jurídicas em vigor, pois estas, bem como os precedentes judiciais, constituem apenas elementos que nos permitem fazer vaticínios prováveis, já que o Direito real e efetivo é, unicamente, aquele que, perante o caso concreto, venha a ser definido pelo órgão judicial.<sup>277</sup>

---

<sup>273</sup> TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito : Introdução à Filosofia Jurídica**. Portugal : Imprensa Nacional, Casa da Moeda, [s.d.], p. 85.

<sup>274</sup> TEIXEIRA, António Braz. *Idem*, p. 88.

<sup>275</sup> Sobre o realismo jurídico nos Estados Unidos ver: COELHO, Luiz Fernando. *Idem*, p. 278-286.

<sup>276</sup> TEIXEIRA, António Braz. *Idem*, p. 89.

<sup>277</sup> TEIXEIRA, António Braz. *Idem*, *ibidem*.

Com efeito, uma lei ou um costume, só por si, não são ainda Direito, só adquirindo tal natureza quando interpretadas e aplicados pelos tribunais, pois só eles dão efetividade e realidade plena ao Direito.<sup>278</sup>

Assinale-se, neste viés, a atitude do *stare decisis*, isto é, o princípio segundo o qual um caso precedente deve ser julgado como foram julgados casos anteriores semelhantes, que esteve na base do direito inglês e influenciou diretamente o direito norte-americano.<sup>279</sup>

Nos direitos romano-germânicos (*Civil Law*),<sup>280</sup> a controvérsia sobre as questões de direito tende a centrar-se na discussão sobre a norma legal aplicável e o sentido desta. Nos direitos do *Common Law*,<sup>281</sup> a controvérsia correspondente incide sobre a seleção do caso anterior donde se há-de extrair a *ratio decidendi* e sobre o modo como esta deve ser enunciada.<sup>282</sup>

Por conseguinte, prevalece a doutrina de LLEWELLYN<sup>283</sup> que distinguiu as ‘regras de papel’ e as ‘regras efetivas’. Ao primeiro grupo pertenceriam não só as leis e os regulamentos como as normas invocadas nas sentenças para fundamentar as decisões judiciais.<sup>284</sup> Enquanto o segundo

<sup>278</sup> TEIXEIRA, António Braz. *Idem, ibidem*.

<sup>279</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª ed. Coimbra : Almedina, 1998, p. 97.

<sup>280</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law : Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 26.

<sup>281</sup> DAVID, René. **O Direito Inglês**. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 01-15.

<sup>282</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Idem*, p. 97.

<sup>283</sup> LLEWELLYN, Karl N.. The path of the Law, 1897 *apud* TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito : Introdução à Filosofia Jurídica**. Portugal : Imprensa Nacional, Casa da Moeda,[s.d.], p. 90.

<sup>284</sup> STRACHE, Karl-Heinz. **Pensare per standards : Contributo alla tipologia**. Traduzioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro

constituir-se-iam as regras, expressas ou não, de acordo com as quais os juízes efetivamente decidem.

O poder criativo dos juízes do *Common Law* é relacionado com o caso precedente, é certo, — mas também é certo que as Cortes Superiores, reiteradamente revêem suas posições jurisprudenciais.

Na seara do Direito Comparado, podem estar contidas noções exemplares, para o caso concreto e as suas possibilidades na criação jurisprudencial do Direito na análise comparativa dos sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*.

Estas possibilidades não se esgotam com esta discussão centrada no âmbito do Direito Comparado.

Realmente, há de se potencializar os poderes do Poder Judiciário, na criação do Direito, o viés é o caso concreto. Valorizando a jurisdição e o papel do juiz, em que avulte no núcleo da ordem do dia e se diga, justificadamente, que o juiz há que ‘dar-se-lhe o poder e o papel que exige a nossa modernidade’<sup>285</sup> — ou ao menos nosso projeto inacabado dela.

---

Perlingieri.Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 122: “Il procedimento tipologico significa um chiaro distacco da ogni pensiero astrattamente speculativo che in qualche modo tenta di derivare immediatamente daí valori culturali occidentali, daí fondamenti teleologici generali e dagli aspetti di storia dello spirito modelli che abbiano forza costituzionale obbligatori per la realtà sociale. Il pensare per standard esiste, per contro, nelle situazioni concrete: modelli reali di tipi e fattispecie di vita legati e perciò um pensiero assolutamente caratterizzato dalla fattualità.”

<sup>285</sup> NEVES, A. Castanheira. Entre ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do Direito. p. 01-44. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXIV. Coimbra : Coimbra Editora, 1998.

Inserir o Poder Judiciário como agente (indivíduos e instituições), admitido a interpretar normas jurídicas (sentença no caso concreto) e valorar condutas jurídicas sociais concretas, definindo a prática judicial como eminentemente uma prática política.<sup>286</sup>

Para tanto, repensar a supremacia do Legislativo sobre a jurisprudência e o definimento dos juristas como sujeitos-agentes do processo de produção do direito.

Analizamos a seguir o caso concreto e a sociedade em transformação, e, a partir daí, o caso concreto e a hermenêutica jurídica, e finalmente as possíveis direções metodológicas ao caso concreto.

---

<sup>286</sup> HESPANHA, António Manuel. **A história do Direito na História Social**. Portugal, Livros Horizonte, 1978, p. 41-45.

### 3.1. Caso concreto e sociedade em transformação

Na mitologia greco-romana, o estado primordial, primitivo, do mundo é o Caos. Este era, segundo os poetas, uma matéria eterna, de forma muito vaga, indefinível, na qual estavam confundidos os princípios de todos os seres particulares.<sup>287</sup>

Os seres particulares estão imersos na sociedade (Global), e portanto, — a sociedade é o caos.

O mundo torna-se banal, trivial, sem os seus gnomos, as suas fadas, (sem os seus sacis, bois-tatas), os seus mistérios. O sentido da vida perde-se, porque já não tem de buscar-se: é o ‘enrichissez-vous’ de Guizot e de todas as revoluções falhadas. É o reino penumbroso da minimalização, do esvaziamento de conteúdo e significado, e sobretudo da transcendência. Terra de gente nervosa, descontente, neurótica, entediada ou revoltada, mas sem esperança — porque no círculo vicioso, porque muito, demasiado, racional, realista, desencantada, ‘lúcida’...<sup>288</sup>

Vive-se num mundo confuso e confusamente percebido.<sup>289</sup>

Entre a ordem da *Pax Americana* e sua contraface obrigatória — a desordem mundial — é que o mundo chega ao final do milênio. Resultado de

---

<sup>287</sup> COMMELIN, P.. **Mitologia Greco-romana**. Trad. Oliveira Rodrigues. Salvador : Livraria Progresso Editora, 1957, p. 11.

<sup>288</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra : Almedina, 1991, p. 31.

<sup>289</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único à consciência universal**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.17.

uma incapacidade hegemônica por parte de uma potência que se sustenta. O caos é irradiado desde o centro, que impõe suas leis, e não da periferia, que expressa, passiva ou reativamente, aquele caos. Um caos que antes de tudo é econômico, produto da liberalização e da desregulamentação — hoje sinônimos —, que relega quem reorganiza as relações mundiais de poder a favor dos que concentram 85% dos recursos econômicos, no hemisfério Norte, às expensas do hemisfério Sul, que conta com 80% da população do planeta.<sup>290</sup>

Outro caos é o da informação, — o espetacular desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação desencadeia, em escala planetária, um fenômeno de transformação civilizacional: a era industrial e a ‘sociedade de consumo’<sup>291</sup> deixam, progressivamente, o lugar ao que se denomina por ‘sociedade da informação’.<sup>292</sup>

A transmissão de dados à velocidade da luz; a digitalização dos textos, das imagens, dos sons; o recurso aos satélites de telecomunicações; a revolução da telefonia; a generalização da informática na maioria dos setores da produção e dos serviços; a miniaturização dos computadores e sua conexão em

---

<sup>290</sup> SADER, Emir. Apresentação, p. I-III. In: RAMONET, Ignacio. **Geopolítica do caos**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 3ª ed. Petrópolis : Vozes, 1999.

<sup>291</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único à consciência universal**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 54: “Na esfera da sociabilidade, levantam-se utilitarismos como regra de vida mediante a exacerbação do consumo, dos narcisismos, do imediatismo, do egoísmo, do abandono da solidariedade, com a implantação, galopante, de uma ética pragmática individualista. É dessa forma que a sociedade e os indivíduos aceitam dar adeus à generosidade, à solidariedade e à emoção com a entronização do reino do cálculo (a partir do cálculo econômico) e da competitividade.”

<sup>292</sup> RAMONET, Ignacio. **Geopolítica do caos**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 3ª ed. Petrópolis : Vozes, 1999, p. 134.

rede à escala planetária têm alterado, progressivamente a ordem do mundo<sup>293</sup> — a informação é o caos.

Desencadeada nos Estados Unidos, mas intermediada entusiasticamente pelos europeus, a nova pregação das auto-estradas da informação, serve aos interesses do ultraliberalismo. A novel aristocracia planetária da finança, mídia, computadores, telecomunicações, transportes e lazer dá mostras de contentamento e auto-suficiência. Proclama-se o motor da sociedade do conhecimento, da revolução da inteligência.<sup>294</sup>

As redes mundiais de empresas concorrentes contam com as auto-estradas da informação e da comunicação para administrarem melhor seus negócios, defenderem suas posições monopolísticas adquiridas sobre os mercados. E o mesmo ocorre com o capitalismo financeiro, quanto à volatilidade dos capitais. Neste contexto, a tecno-utopia<sup>295</sup> da sociedade da informação serve à nova classe dirigente planetária para afirmar e fazer aceitar a mundialização, isto é, a liberalização total de todo mercado, por toda parte do mundo.<sup>296</sup>

---

<sup>293</sup> A sociedade que se desenha é denominada por DE MASI de pós-industrial, constituída após a industrial (da metade do século XVIII até a metade do século XX). *Grosso modo*, destacam-se na estrutura profissional da sociedade pós-industrial, os profissionais liberais, técnicos, cientistas etc., conforme: DE MASI, Domenico. **A Sociedade Pós-industrial**. Trad. Anna Maria Capovilla *et alii*. 2ª ed.. São Paulo : Editora Senac, 1999, p. 51.

<sup>294</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem*, p. 147.

<sup>295</sup> BETTS, Richard K.. The New Threat of Mass Destruction. p. 26-41. In: **FOREIGN AFFAIRS**. V. 77. n. 1. January/february. New York : Foreign Affairs Reader Services, 1998.

<sup>296</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem, ibidem*.

Para os novos senhores do mundo, a sociedade da informação faz apelo a novas formas de regulação que estão para além do Estado. Exigem que a regulação seja deixada unicamente ao mercado global,<sup>297</sup> — é o caos global.<sup>298</sup>

A incerteza continua sendo a palavra-chave do momento, efetivamente, — tudo está conectado: política, economia, sociedade, cultura e ecologia.<sup>299</sup>

Duas dinâmicas estão no plano geopolítico; a fissão e a fusão.<sup>300</sup>

A fissão baseada na incombustível energia do nacionalismo e glorificando alguns traços distintivos étnicos considerados como sagrados (língua, sangue, religião, território). Tal dinâmica impele, por toda parte, comunidades (no sentido étnico) a exigir um estatuto político de soberania, correndo o risco de destruir as estruturas do Estado-nação, como se desfizeram três grandes federações no Leste europeu, União Soviética, Tchecoslováquia e Iugoslávia.<sup>301</sup>

E esta fissão fragiliza também alguns Estados europeus do Ocidente, por exemplo, na Espanha (País Basco, Catalunha, Galícia), Itália

---

<sup>297</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem, ibidem*.

<sup>298</sup> SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: espaço e tempo: razão e emoção**. 3ª ed.. São Paulo : Hucitec, 1999, p. 272: “A ordem global é ‘desterritorializada’, no sentido de que separa o centro da ação e a sede da ação. Seu ‘espaço’, movediço e inconstante, é formado de pontos, cuja existência funcional é dependente de fatores externos. A ordem local, que ‘reterritorializa’, é o do espaço banal, espaço redutível porque reúne numa mesma lógica interna todos os seus elementos: homens, empresas, instituições, formas sociais e jurídicas e formas geográficas. O cotidiano imediato, localmente vivido, traço de união de todos esses dados, é a garantia da comunicação. Cada lugar é, ao mesmo tempo, objeto de uma razão global e de uma razão local, convivendo dialeticamente.”

<sup>299</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem*, p. 149.

<sup>300</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem*, p. 153.

<sup>301</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem, ibidem*.



(Padânia), Bélgica (Flandres), França (Córsega), Reino Unido (Escócia, País de Gales), etc.. E pode-se observar o mesmo fenômeno na América do Norte (Quebec), África (na qual a Eritréia acabou se desligando da Etiópia), Ásia (no Sri Lanka, Índia, China, Indonésia) e Oceania (Bougainville).<sup>302</sup>

Por sua vez, a dinâmica da fusão, cujo exemplo mais forte é a União Européia, faz com que Estados vizinhos, durante muito tempo considerados como inimigos uns dos outros, unam-se politicamente de modo federador, num embrião econômico. Assim, na América do Norte, o Acordo de Livre-Comércio da América do Norte (NAFTA); na América do Sul, o MERCOSUL; na África do Norte, a União dos Países Árabes (UMA), etc...<sup>303</sup>

Com isto, forma-se o que RAMONET denominou de o modelo arquipélago. Ao Norte, ilhas em número cada vez maior de pobres, excluídos; ao Sul, ilhotas, cada vez mais concentradas, de ricos, abastados.<sup>304</sup>

Isto num planeta de 5 bilhões de habitantes, onde apenas 500 milhões vivem confortavelmente, enquanto 4,5 bilhões estão privados do necessário, onde a fortuna das 358 pessoas mais ricas, bilionárias em dólares, é superior à renda anual dos 45 % de habitantes mais pobres, ou seja, 2,6 bilhões de pessoas.<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem*, p. 153-154.

<sup>303</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem*, p. 154.

<sup>304</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem, ibidem*.

<sup>305</sup> RAMONET, Ignacio. *Idem*, p. 155.

Neste cenário da sociedade em transformação, há a competitividade da barbárie,<sup>306</sup> há o avanço do fenômeno da desigualdade e da exclusão. Com o avanço da degradação salarial, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos de trabalho convencional, a simbiose entre marginalidade econômica e marginalidade social obriga as instituições jurídicas a concentrar sua atuação na preservação da ordem, segurança e da disciplina.<sup>307</sup>

São as perversas tentativas de recriar um Estado absentista ou um Estado subsidiário (legitimado),<sup>308</sup> numa época de agressividade social e de

---

<sup>306</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único à consciência universal**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 57: “A competitividade é uma espécie de guerra em que tudo vale e, desse modo, sua prática provoca um afrouxamento dos valores morais e um convite ao exercício da violência.” Ver também ROSENFIEDL, Denis L.. O xadrez da modernidade. p. 24-25. In. **Suplemento MAIS**. Jornal Folha de São Paulo. São Paulo. 27/08/00: “O domínio da satisfação pessoal, do contato com o próximo, é uma outra vertente, representativa de como essa esfera do contentamento humano é ela mesma, por outro viés, decorrente desse desmoronamento dos valores. O seu resultado é o enfraquecimento dos laços mais rígidos da religiosidade ou dos costumes por imemoriais.” Ver o livro recente livro de RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o Social**. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.

<sup>307</sup> FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Globalização e o futuro do direito, p. 605-616. In: **Anais da XIV Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília : OAB, Conselho Federal, 1996.

<sup>308</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 171-174: O autor anota que a exemplo da situação de um jogo sem fim, que revela todas as dificuldades no que tange à legitimidade, podem-se encontrar nos sistemas normativos dos chamados Estado de Direito, em que existe uma *regulagem* que permite a mudança ilimitada de suas normas, respeitados certos procedimentos. Neste sentido poderia existir uma situação hipotética paradoxal a vista de certos Estados admitirem partidos que advoguem soluções totalitárias(ou outras contrárias à Democracia social). E tece críticas a Luhmann (ilusão funcionalmente necessária), no sentido de que o Direito torna-se, um instrumento de controle e de manipulação e, pois, forma pervertida de comunicação, pois ilude o endereçado, ao dar-lhe a impressão de que o discurso obedece às regras situacionais de fundamentação, quando, na verdade, isto é um engodo, que esconde as regras reais, introduzidas de fora pelo editor e por ele dissimuladas, caso em que o sistema normativo se legitima na medida em que esta ilusão é garantida.

globalismo ideológico, escondem a razoabilidade e justiça do Estado social de direito.<sup>309</sup>

É a denominada expurgação do social com o intuito de desligar um Estado de direito<sup>310</sup> quimicamente puro, isto é, um Estado sem o compromisso da socialidade,<sup>311</sup> nas coberturas ideológicas de políticas econômicas e sociais onde não cabem deveres de solidariedade e de inclusão do outro.<sup>312</sup>

Com isto, a marginalização social cria marginalidades no direito: defende melhor os seus direitos quem tiver possibilidades materiais.<sup>313</sup> A exclusão social é também exclusão de direito e um Estado de direito que se pretenda um Estado de justiça<sup>314</sup> tem que ser algo mais do que um Estado que encarcera os excluídos ‘fazendo justiça’.<sup>315</sup>

<sup>309</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa : Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999, p. 39.

<sup>310</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 124: “(...) é necessário considerar que a aspiração pelo Estado de Direito é nutrida pelas elites. A lei, para a grande maioria da população, nas sociedades latino-americanas, é um dado de pura abstração inteiramente dissociado da realidade na qual imersa essa maioria.. Em nada, absolutamente em nada, contribui a legalidade, enquanto apenas expressão formal do Estado de Direito, para alterar as condições sociais de existência dos economicamente desprivilegiados, no modo de produção capitalista.”

<sup>311</sup> NEVES, A. Castanheira. **DIGESTA: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. V. 1**. Coimbra : Coimbra Editora, 1995, p. 296: “(...) no plano político-jurídico, para a reafirmação do Estado-de-Direito material referido, ao serviço da dignidade da pessoa humana, perante o Estado-de-Direito de mera legalidade (...)”

<sup>312</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem, Ibidem*.

<sup>313</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito: análise de algumas mazelas causadas no plano político-jurídico**. (Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da U.F.PR), 2000, p. 325: “(...) a existência de uma crescente exclusão social que compromete a participação dos cidadãos nos âmbitos político e jurídico.”

<sup>314</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 87: “No Estado de direito, os direitos são idilicamente enumerados. A democracia precisa inventá-los nas indeterminações da história e na permanência dos conflitos.”

<sup>315</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, p. 43.

Em síntese, condenados à marginalidade socioeconômica,<sup>316</sup> os excluídos não parecem ser portadores de direitos subjetivos públicos.<sup>317</sup>

A modernidade, por sua vez, tinha prometido purificar a política e dotar o povo de sabedoria. A tardo-modernidade apresenta uma política subordinada a interesses e negócios, sem perspectiva de Estado, e cidadãos votantes, rotinizados ou alheados, para além de grupos agueridos de pequenos *condottieri*, empenhados na feroz luta pelo poder,<sup>318</sup> poder político, pelo poder do consumo, pelo poder econômico.<sup>319</sup>

O Direito nesta sociedade em transformação passa por outra crise, — a da ordenação do caos.<sup>320</sup>

<sup>316</sup> ALENCASTRO, Luiz Felipe. A servidão de Tom Cruise : Metamorfose do trabalho compulsório. p. 4-7. In: **Suplemento MAIS**. Jornal Folha de São Paulo. São Paulo. 13/08/00: “De qualquer modo, já existe em alguns países europeus e nos Estados Unidos um novo tipo de trabalhador, espécie de Maria globalizada, um indivíduo isolado pronto para ser empregado em qualquer circunstância. Aliciados por agências de trabalho interino, esses indivíduos — sem lenço, sem documento, mas com um celular no bolso — são paus-para-toda-broa, fazendo trabalhos geralmente pouco qualificados, fora de qualquer garantia trabalhista.”

<sup>317</sup> FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Idem, ibidem*.

<sup>318</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra : Almedina, 1991, p. 35.

<sup>319</sup> RODRIGUES, Nelson. Os falsos Cretinos. p. 207-209. In: **O Óbvio Ululante: primeiras confissões**. São Paulo : Companhia das Letras, 1994, p. 208. “A olho nu, qualquer um percebe a ascensão social, econômica, cultural, política do idiota. Outro dia, passou por mim um automóvel das *Mil e uma noites*, sim, um desses Mercedes irreais, com cascata artificial e filhote de jacaré. Lá dentro ia um idiota flamejante.(...) Hoje, tudo é possível, tudo. Há idiotas liderando povos, fazendo História e fazendo lendas. Mao Tsé-Tung seria impossível em outra época. Em nosso tempo, passa por estadista gigantesco. (...) E, assim, lidos, viajados, falando vários idiomas, maridos das melhores mulheres — os nossos idiotas têm também os melhores cargos e exercem as funções mais transcendentais. Eu disse que estão por toda a parte: — na política como nas letras, nas finanças como no cinema, no teatro como na pintura. Outrora, os melhores pensavam pelos idiotas; hoje, os idiotas pensam pelos melhores. Criou-se uma situação realmente trágica: — ou o sujeito se submete ao idiota ou o idiota o extermina.(...) O sujeito, para viver, ou sobreviver, enterra o próprio espírito, como as jóias de Raskolnikov. E, se for preciso, ele finge debilidade mental e põe-se a babar na gravata, copiosamente.”

<sup>320</sup> FROSINI, Vittorio. **Teoría de la interpretación jurídica**. Trad. Jaime Restrepo. Santa Fe de Bogotá : Editorial Temis, 1991, p. 12-13. “El jurista-intérpret actúa, pues, como um demiurgo; aquel dios que, según Platón, transformó la magisteria preexistente del caos, convirtiéndola em un cosmos ordenado, de conformidad com las ideas. Aquel procede, em efecto, a la identificación

Com efeito, o distanciamento do conhecimento do Direito e dos seus operadores desta sociedade em transformação, faz com que o Direito em vigor consista no conhecimento de um sistema de regras, construído segundo um *fiat* da base da denominada ‘ciência’ do Direito.<sup>321</sup>

Neste passo, a informação sobre o sistema ou os sistemas de máximas doutrinárias, e de estruturas conceituais de uma jurisdição, contribui para um conhecimento parcial do raciocínio jurídico, da mesma forma que a informação sobre qualquer concepção de justiça que possa envolver as instituições do Estado.<sup>322</sup>

*A fortiori*, a informatização do Direito, até o momento, limitou-se à construção de bancos de dados e/ou programas para obtenção de listas de material jurídico básicos a respeito desse ou àquele problema.<sup>323</sup>

Reflexo da adoração generalizada do progresso, do futuro, da modernização que é o maior suporte do poder dos tecnocratas. Porque lhes concede a legitimidade de sacerdotes da crença fanática na técnica, na superação tecnológica incessante, no consumo, por sua vez, também incessante, do último modelo, — do mais atual.<sup>324</sup>

---

de los símbolos y de los sucesos que tienen interés jurídico; a su comparación, em términos de um juicio de compatibilidad; a su conexión, dentro de um nuevo contexto homogéneo, em el cual aquellos elementos dispares (tales como uma ley antigua y um hecho diferente) se ordenan em uma estructura compleja.”

<sup>321</sup> HARRIS, J.W.. Conhecimento Jurídico (Teoria do). p. 135-141. In: ARNAUD, André-Jean *et alii*. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do Direito**. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

<sup>322</sup> HARRIS, J.W.. *Idem*, p. 140.

<sup>323</sup> HARRIS, J.W.. *Idem, ibidem*.

<sup>324</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra : Almedina, 1991, p. 32.

Neste diapasão, a indústria da inteligência artificial já tem condições de produzir computadores que poderão tentar copiar o saber humano, tanto no Direito quanto em outros campos. As máquinas, por conseguinte, terão condições de responder a quaisquer perguntas jurídicas, tanto ou melhor que qualquer consultor jurídico, pois não fornecerão apenas listas de leis e de casos. A chegada desta tecnologia no mercado exigirá um enxugamento prévio dos trabalhos teóricos que, na maioria das vezes, parecem estar demasiadamente afastados da vida cotidiana.<sup>325</sup>

Em termos geopolíticos, o desafio brasileiro<sup>326</sup> e da América Latina<sup>327</sup> é o de se inserir nesta onda tecnológica.<sup>328</sup> Evidentemente num contexto paradigmático em que há de se descobrir o sentido da presença da humanidade

<sup>325</sup> HARRIS, J.W.. *Idem*, p. 141.

<sup>326</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único à consciência universal**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 74: Afirma o autor que há um território nacional da economia internacional, e por conseguinte a pobreza nacional é resultante da ordem internacional. Essa realidade obriga a discutir algumas das soluções propostas para o problema, como, por exemplo, quando se imagina poder compensar uma política neoliberal no plano nacional com a possibilidade de uma política social no plano subnacional. As chamadas políticas públicas, quando existentes, não podem substituir a política social, considerada um elenco coerente com as demais políticas (econômica, territorial etc.).

<sup>327</sup> STEFFAN, Heinz Dieterich. Sociedade Global — Identidade Colonial. p. 69-82. In: RAMPINELLI, Waldir José; OURIQUES, Nildo Domingos (org.). **Os 500 anos: A conquista interminável**. 4ª ed.. Petrópolis : Vozes, 1999.

<sup>328</sup> Conforme assinala FURTADO o capitalismo subdesenvolvimento do Brasil não é um capitalismo menos desenvolvido que o dos países ricos, é um sistema de outro tipo, que não conduz ao bem-estar social, mas à concentração da renda. No passado, concentração de renda se fez em benefício de uma acumulação interna, que de alguma forma modernizou o país; agora, ela se faz em benefício da acumulação externa. O capitalismo brasileiro, simultaneamente, concentra renda e se internacionaliza, inserido numa estrutura mundial de poder. (...) A economia se endivida permanentemente e não cresce. FURTADO, Celso. Entrevista de. p. 1-5. In: **COFECON : Notícias**. Conselho Federal de Economia. Ano 3. nº 8. Jan./maio. 2000. E no contexto Latino-americano: “Entre 1982 e 1996, a América Latina pagou pelo serviço da dívida 739.900 bilhões de dólares, enquanto que a dívida passou de 352 bilhões para 656,6 bilhões” — Conforme: OURIQUES, Nildo Domingos. O significado da Conquista: Cinco séculos de domínio e exploração na América Latina. In: RAMPINELLI, Waldir José; OURIQUES, Nildo Domingos (org.). **Os 500 anos: A conquista interminável**. 4ª ed.. Petrópolis : Vozes, 1999.

no planeta, na construção de um mundo mais humano, menos confuso e perverso, bastando que se completem as duas grandes mutações ora em gestação: a mutação tecnológica e a mutação filosófica da espécie humana<sup>329</sup> — o início, depois do caos.

Em síntese, a sociedade em transformação é a realidade,<sup>330</sup> o caso concreto — o caos.

Por conseguinte, — os operadores jurídicos enfrentam a verdadeira Esfinge de Tebas<sup>331</sup> que lança o seu enigma: como o Direito poderá acompanhar a(s) realidade(s) desta sociedade em transformação (?). A teoria da interpretação pode açambarcar estas transformações e tornar o Direito mais próximo do caso concreto (?).<sup>332</sup>

---

<sup>329</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único à consciência universal**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 174.

<sup>330</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 139. “Note-se que a complexidade da realidade, que propicia maior velocidade na atuação de suas forças produtivas, reclama a flexibilização das normas jurídicas (e dos textos normativos), de molde a assegurar (e estimular) aquela atuação. É fundamental, de toda sorte, não confundirmos *segurança* com *imobilidade*; ela deve ser concebida como resultante da *ordenação do movimento*.”

<sup>331</sup> COMMELIN, P.. **Mitologia Greco-romana**. Trad. Oliveira Rodrigues. Salvador : Livraria Progresso Editora, 1957, p. 233.

<sup>332</sup> CORDEIRO, A. Menezes. Introdução e Tradução. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. XXVIII: “Tal o dilema da Ciência do Direito no final do século vinte: perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscorso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso. Em qualquer dos casos, as soluções são ora inadequadas ora assentes em fundamentações aparentes, escapando ao controlo da Ciência do Direito.”

### 3.2. Caso concreto e hermenêutica jurídica

Tradicionalmente, conceitua-se hermenêutica jurídica pelo sistema de regras para interpretação das leis, — esta interpretação seria a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa.<sup>333</sup>

Diz-se que no vestíbulo do exame da lei, o intérprete procede à diagnose do fato, ou levantamento dos acontecimentos que guardam o curativo legal; à diagnose do direito, ou indagação da existência do preceito que se ajuste à espécie.<sup>334</sup> A interpretação, portanto, consistiria em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais.<sup>335</sup>

Há porém a definição de CANOTILHO e MOREIRA, que distingue o preceito (disposição, formulação, texto, forma lingüística) da norma (regra ou regras nelas contidas), — designando por disposição ou preceito o simples enunciado de um texto normativo, e por norma o significado jurídico-normativo do enunciado.<sup>336</sup>

Deste modo, a disposição, preceito ou enunciado lingüístico é o objeto da interpretação: a norma é o produto da interpretação.<sup>337</sup>

---

<sup>333</sup> BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Hermenêutica Jurídica**. (Edição original de 1872). São Paulo : Saraiva, 1984, p. 3.

<sup>334</sup> SIDOU, J. M. Othon. **O Direito legal (História, Interpretação, Retroatividade e Elaboração das Leis)**. Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 103.

<sup>335</sup> FRANÇA, Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 5ª ed.. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 3.

<sup>336</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 1991, p. 47.

<sup>337</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Idem, ibidem*.



Evidentemente, note-se a diferença das normas com os princípios,<sup>338</sup> pois aquelas contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões. Por sua vez, os princípios, que começam a ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados,<sup>339</sup> transformando-se em normas-princípios, no plano Constitucional.<sup>340</sup>

Assinale-se que, nos princípios,<sup>341</sup> estão os conteúdos das formas jurídicas.<sup>342</sup>

Sobre o conceito de hermenêutica cabe referência à clássica definição de MAXIMILIANO: ‘Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.’<sup>343</sup>

---

<sup>338</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 32: “A interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições.”

<sup>339</sup> GRAU, Eros Roberto. *Idem*, p. 51: “O direito pressuposto é fundamentalmente princípios, nada obstante, de toda sorte, a que nele vicejem regras, entendidas estas como normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios.”

<sup>340</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Idem*, p. 49.

<sup>341</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Idem, ibidem*: “Os princípios são núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais, i. é, são expressão do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contrapostas às normas.”

<sup>342</sup> GRAU, Eros Roberto. *Idem*, p. 78: “O desafio com o qual o nosso tempo afronta o jurista é, precisamente, o da composição de equilíbrio entre conteúdo e forma.”

<sup>343</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16ª ed.. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 01. Nesta definição compreenda-se Direito como o sistema de princípios (normas) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto, conforme GRAU, Eros Roberto. *Idem*, p. 13.

Com efeito, os juristas são intérpretes do Direito,<sup>344</sup> não apenas das normas de um ordenamento, mais ainda, de um saber jurídico coletivo histórico, duma consciência jurídica geral.<sup>345</sup>

Veja-se porém que o termo interpretar numa outra acepção se refere aos que traduzem uma língua para outra,<sup>346</sup> e, também, numa acepção popular, ao mister dos atores de cinema, televisão ou teatro — que encenam uma parte de uma obra dramática, representando para os espectadores, os personagens criados pelo autor (escritor e/ou diretor)<sup>347</sup> e/ou dos cantores que interpretam canções ou óperas e/ou instrumentistas que interpretam músicas etc...

Ou ainda numa linguagem metafórica, o intérprete é o adivinho,<sup>348</sup> o áugure da Antigüidade que descobria o futuro observando as entranhas das vítimas (*inter pres* – aquele que vê nas entranhas).<sup>349</sup>

<sup>344</sup> Sobre os métodos tradicionais das interpretações: filológica, lógica, sistemática e histórica ver: COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 1981, p. 207-218.

<sup>345</sup> NEVES, A. Castanheira. **DIGESTA: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. V. 2. Coimbra : Coimbra Editora, 1995, p. 374. E ainda: PLACHY, Adolfo. **La Teoria della Interpretazione : Genesi e storia della ermeneutica moderna**. Milano : Giuffrè Editora, 1975, p. 140: “La coscienza sociale, nel suo carattere generale, non è rappresentata soltanto dai giuristi, ma anche da molti altri componenti della vita sociale. È perciò illusorio aspettarsi soltanto dai giuristi la soluzione del compito di ‘render ragione di un giusto equilibrio alle tendenze conservatrici come a quelle evolutive’ dei tempi nostri e giungere così alla suprema sintesi umanistica, comprendente anche la coscienza giuridica e la sua genesi.”; e ESSER, Josef. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Princípio e Norma no desenvolvimento jurisprudencial do Direito Privado, 1956) *apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 2. ed. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 192: Em termos fragmentários existem ‘zonas pré-positivas dos princípios éticos-jurídicos e da convicção geral.’

<sup>346</sup> Ver ainda: ARROJO, Rosemary. As relações perigosas entre teorias e políticas de tradução. p. 27-33. In: ARROJO, Rosemary *et alii*. **Tradução, Desconstrução e Psicanálise**. Rio de Janeiro : Imago, 1993.

<sup>347</sup> FROSINI, Vittorio. **Teoría de la interpretación jurídica**. Trad. Jaime Restrepo. Santa Fe de Bogotá : Editorial Temis, 1991, p. 5-6.

<sup>348</sup> FROSINI, Vittorio. *Idem*, p. 7.

<sup>349</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Idem*, p. 182.

No *iter* dos desvelamentos de significados, o jurista adentra no ordenamento jurídico e sua estrutura.

Por sua vez, os elementos básicos estruturantes do sistema jurídico<sup>350</sup> são aqueles, a partir dos quais, se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, que outrora se encontravam em Códigos, e que atualmente acham-se em microsistemas, — em leis cada vez mais tematicamente particularizadas de forma esparsa.<sup>351</sup>

Registre-se que há uma tendência ao retorno ao casuísmo e a uma reconsideração do sistema. O casuísta compreende que o Direito, ainda que apoiado em normas, só se realiza na decisão dos casos, de modo que a solução repousa na percepção do problema concreto. Ele opera com algumas regras e conceitos fundamentais,<sup>352</sup> da mesma forma que os romanos em relação à boa-fé e à eqüidade.<sup>353</sup>

O casuísmo, dentro do positivismo, ordena as normas ao redor do caso; o sistemático o faz de um modo racional-apriorístico. No pensamento casuísta, a idéia de ordem chega ao final e é produto de uma acumulação que já não se suporta.<sup>354</sup> No sistemático, é o ponto de partida prévio ao desenho da lei.

---

<sup>350</sup> REALE, Miguel. Prefácio. In: COELHO, Luiz Fernando. *Idem*, p. XI: “Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (Limites objetivos do processo hermenêutico).”

<sup>351</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 79.

<sup>352</sup> ALPA, Guido. **L'Arte di giudicare**. Roma : Gius. Laterza & Figli Spa., 1996, p. 53.

<sup>353</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Idem*, p. 80.

<sup>354</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Idem*, p. 224: “Não é somente o juiz, na prestação jurisdicional que decide — a essência da decisão passa pelos atos decisórios do advogado, do assessor jurídico, do representante do ministério público; todos eles, relativamente ao caso concreto,

O primeiro conta com conhecimentos fragmentários, o segundo é criticado por racionalista e desvinculado do caso e do mundo real.<sup>355</sup>

A análise dos casos é enriquecedora e realista,<sup>356</sup> porém pode levar ao caos social, se a única perspectiva são os interesses dos indivíduos.<sup>357</sup>

A decisão no caso individual deve levar em consideração que não há soluções unilaterais, mas relacionais, pois há uma setorização do Direito que afeta o princípio da universalidade.<sup>358</sup>

A crítica que se faz a esta postura é a de que o juiz que não mede os efeitos do decidido quanto ao caso concreto, sem analisar o consequencialismo

---

decidem, em função da norma jurídica, a qual é o objeto do procedimento interpretativo que, em face do contexto onde ocorre, é denominada interpretação casuística.”

<sup>355</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Idem, ibidem*.

<sup>356</sup> Verifique-se na doutrina, de forma esparsa, alguns exemplos recentes de análises nomeadamente a partir de casos concretos. In: PRODASEN. 18/08/90. (<http://www.senado.gov.br/sicon/bipe>): PRATA, Edson. **O mandado de segurança e o devido processo legal: um caso concreto**. São Paulo : Saraiva, 1990; OLIVEIRA, Pedro Antonio Bueno de. Desacato a juiz eleitoral através da televisão: Estudo de um caso concreto. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral**. V. 1. nº. 2. p. 38-40, 1988; AZEVEDO, Hélio Faraco de. **Abuso de Poder Econômico, um caso concreto**. Porto Alegre : Gráfica Dom Bosco, 1974. VIEIRA, Luiz Carlos Vivas. **Da prescrição intercorrente: sob exame à luz de um caso concreto**. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988; VELOSO, Zeno. **Mandado de segurança e ação cabível para decretação, ante caso concreto, da inconstitucionalidade de lei**. Bahia : Instituto dos Advogados da Bahia, 1984; CARAZZA, Roque. **Conflitos de competência: um caso concreto**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984; MALHADAS, Júlio Assumpção. Paralisação do trabalho e greve: Declaração de ser ou não greve; determinação de retorno ao trabalho; Reflexões sobre caso concreto. In: **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. V. 6. nº 6. p. 42-50, 1998; SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A separação consensual e o prazo para obtê-la: Breves reflexões em torno de um caso concreto. In: **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**. out./nov. 1996, p. 79; SILVA, Valter Penteadó. Alteração em Instituto Jurídico e a Irretroatividade das Leis: Caso Concreto: Férias. In: **Revista de Direito Civil Imobiliário Agrário e Empresarial**. V. 12. nº 43. p. 69-86. Jan./mar. 1988; FACHIN, Luiz Edson. Um acórdão de acordo com Viehweg (Um caso concreto sob a tópica). p. 183-193. In: **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. V. 19. nº 1-2. Dez.1990.

<sup>357</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Idem, Ibidem*.

<sup>358</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Idem*, p. 243. Ver ainda: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 122: “(...) a universalidade do direito reflete, embora de modo distorcido, a universalidade da troca mercantil, característica do modo de produção capitalista.”

na interpretação, isto é, as consequências posteriores, ou o impacto do acórdão, sentença, despacho etc... em outras decisões, pode consumir uma interpretação desqualificável por imprevidente.<sup>359</sup>

Quanto a este aspecto, cabe a referência ao denominado Direito Alternativo que se propõe a efetivar uma interpretação alternativa do direito burguês, na defesa dos interesses das classes populares.<sup>360</sup>

Por sua vez, os juízes alternativos têm o poder de adotar regras sobre interpretação (meta-regras), regras que, não obstante, não são postas em nenhum texto normativo. Assim pretenderem produzir justiça material, ‘ressemantizam’ o discurso jurídico.<sup>361</sup>

Na opinião de GRAU,<sup>362</sup> o Direito Alternativo é carente de referenciais teóricos suficientes, aparentemente ingenuamente bem-intencionado, podendo consubstanciar nada mais do que uma nova versão da velha regra que recomenda tudo para os amigos, mas, para os inimigos, nem mesmo os rigores da lei; a lei da vingança privada.

Em verdade, não podemos concordar com a *opinio iuris* de GRAU, pois de um modo ou de outro, existe no seio do movimento, surgido nos idos de

---

<sup>359</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Idem*, p. 245, (faz referência à SANGÜES, Néstor P.. **Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario**. 2ª ed.. T. II. Bueno Aires : Astrea, 1989, § 370).

<sup>360</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 110, (faz referência a RAMOS FILHO, Wilson. *Direito alternativo e cidadania operária*. In: **Lições de direito alternativo**. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). São Paulo : Editora Acadêmica, 1991).

<sup>361</sup> GRAU, Eros Roberto. *Idem*, p. 111.

<sup>362</sup> GRAU, Eros Roberto. *Idem*, p. 114.

1990,<sup>363</sup> uma intenção política clara de aproximação da realidade social<sup>364</sup> com resultados direcionados para a efetividade de uma justiça material,<sup>365</sup> política e ideologicamente orientada<sup>366</sup> em prol das classes oprimidas economicamente,<sup>367</sup> engajado na construção de uma sociedade mais humana.<sup>368</sup> Certamente houveram (haverão) superações teóricas a partir das discussões colocadas no referido movimento, como de resto, — em outros movimentos teóricos insurgentes.<sup>369</sup>

Lembre-se que após regimes ditatoriais, na década de 60, na Itália (uso alternativo do Direito)<sup>370</sup> e na Espanha (*jueces para la democracia*),<sup>371</sup>

<sup>363</sup> ANDRADE, Lédio Roda de. **Introdução ao Direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996, p. 105.

<sup>364</sup> ANDRADE, Lédio Roda de. *Idem*, p. 81.

<sup>365</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 1981, p. 172-173: “A ‘lei injusta’ pode ser formal e materialmente coerente como o todo ordenamental e não ser do ponto de vista dos valores da ordem jurídica; a injustiça da lei poderá ser no ponto de vista dos valores da ordem jurídica; a injustiça da lei poderá evidenciar-se em algumas situações específicas, embora não em outras e mesmo na maior parte dela; a decisão impropriamente chamada *contra legem* soerá neste caso preservar a coerência axiológica do ordenamento; não que o magistrado se rebele contra a norma, mas que a declare inaplicável tendo em vista que a sua aplicação a determinado caso poderá contradizer a valoração independente contida nos princípios gerais do direito. (...) Este é o ponto de contato das doutrinas antidogmáticas; a preocupação do cotidiano da juridicidade, a concepção de que o direito deve adequar-se à vida e não esta ao direito.”

<sup>366</sup> ANDRADE, Lédio Roda de. *Idem*, p. 185.

<sup>367</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e Hermenêutica Material no Direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 28: “(...) vendo-se o direito como um ingrediente essencial da vida sociocultural, *historicamente situado*, podem-se desvendar os interesses e ideologias à sua base e os objetivos que visam (estes) a realizar. E apreender-se-á, sem dúvida, sua vinculação com a política, de modo geral, e com os dados econômicos emergentes no jogo político ou dele propositadamente subtraídos.”

<sup>368</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Idem*, p. 340: “O direito não é a pressão do passado condicionando o presente, é a própria transformação do presente e a construção do futuro. É o direito efetivamente engajado na construção de um mundo mais humano.”

<sup>369</sup> FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. Manuel A. Domingos de Andrade, 4ª ed.. Coimbra : Arménio Amado editor, Sucessor, 1987, p. 164-174: Veja-se por exemplo, a Escola do Direito Livre que, segundo Ferrara, trouxe uma renovação benéfica à doutrina da interpretação, um novo sopro vital, pois ao mesmo tempo que lançava a mãos cheias de descrédito sobre o abuso dos teoremas e das construções, isto é, sobre o método lógico, apontou que a decisão deve ser inspirada na natureza real das relações e nas exigências sociais.

<sup>370</sup> ANDRADE, Lédio Roda de. *Idem*, p. 236.

<sup>371</sup> ANDRADE, Lédio Roda de. *Idem*, p. 274.

surgiram movimentos análogos. Inclusive em Portugal, os temas de uma justiça e direito alternativos estiveram especialmente em voga nos anos imediatos à Revolução dos cravos (1974).<sup>372</sup>

Coincidência ou não, o marco do surgimento do movimento do Direito Alternativo (1990) situa-se dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, que sepultou o regime militar no Brasil, após a longa e gradual abertura.

*A fortiori*, a discussão que deve ser retomada nesta problemática, — do juiz assumir suas posições políticas e ideológicas no processo, transformar-se em sujeito-agente da prática criativa do Direito,<sup>373</sup> — é a da participação democrática direta da coletividade<sup>374</sup> junto ao poder judiciário, *e.g.* por meio da eleição dos juízes,<sup>375</sup> já tratada no capítulo pertinente aos operadores do Direito e

---

<sup>372</sup> HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.** Portugal : Publicações Europa-América, 1997, p. 232.

<sup>373</sup> HESPANHA, António Manuel. **A história do Direito na História Social.** Portugal, Livros Horizonte, 1978, p. 41-45.

<sup>374</sup> SILVA, Kelly Susane Alfen. **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial.** Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 440: “Entretanto, é na tarefa do Poder Judiciário, particularmente, que se pode exigir o desvelar/descobrir e o realizar em decisões representações de valores, que são imanentes à ordem jurídica constitucional mas que não, ou apenas incompletamente, chegam à expressão nos textos das leis escrita sem um ato de reconhecimento valorizador, por uma análise fenomenológica, porque as soluções aos casos concretos não podem continuar a ser fundadas em *cogitationes* simplesmente dadas, nas quais também um *ego* como *res cogitans* desmundanizada é simplesmente dado. Afinal, a atividade judicante não se configura apenas no contemplar/reconhecer e no expressar de decisões do legislador, uma vez que a lei escrita (*Als apofântico*) não decide com justiça a situação hermenêutica problemática. Desta forma, tão-somente é apartada a formação da unidade social, base para a formação de uma unidade política assim como da própria ordem jurídica, que de modo algum é pressuposta, não está dada. De modo contrário, constitui uma tarefa, pois, a formação de um unidade política e de uma ordem jurídica é, antes de tudo, um processo histórico concreto, que necessita da participação consciente da coletividade.”

<sup>375</sup> SURGIK, Aloísio. O judiciário e o povo, p. 231-247. In: **Temas Críticos do Direito à Luz das Fontes.** Curitiba : Livros HDV, s/d.

a realidade, conferindo-lhes legitimidade para atuação (criação) judicial num estado de Direito,<sup>376</sup> imerso num lastro ético pela transformação social.<sup>377</sup>

Revolvendo ao caso concreto,— este é envolvido no processo hermenêutico, — e sempre é o objeto do conhecimento da ciência do direito, — o fato (caso concreto), objeto geral (gnoseológico-epistemológico geral) das ciências dos fatos.<sup>378</sup>

A intenção objetivante para o jurista seria unicamente a intenção normativa do direito, e, portanto, a determinação dos fatos juridicamente relevantes, para qualquer efeito, apenas aquela que fosse exigida por um ponto de vista jurídico-positivo, pelos fins e intencionalidades normativas de um certo direito positivo<sup>379</sup> — assim, o caso concreto é dado previamente pelo ordenamento, a *quaestio iuris* é sempre a *quaestio iuris* de uma certa *quaestio facti*.<sup>380</sup> O direito concretamente substantivado transcende e assume, assim,

<sup>376</sup> SAAVEDRA, Modesto. *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*. 2ª ed.. México : Distribuciones Fontamara, S.A., 1999, p. 89-102.

<sup>377</sup> AGOSTINI, Nilo (Frei). Entre o Instituinte e o Instituído : do *ethos* à ética. p. 100-124: In: PINHEIRO, José Ernane (Pe.). (Org.) *et alii. Ética, Justiça e Direito : Reflexões sobre a reforma do Judiciário*. 2ª ed. (CNBB). Petrópolis : Vozes, 1996: “A pluralidade sociocultural e biopsicossocial brasileira é uma fonte necessária na produção do instituído. As mutações que estão ocorrendo necessitam ser nele incorporadas para que possa constituir-se em suporte real da vida humana em suas necessidades e valores vitais. O ‘alternativo emergente’ oferece igualmente elementos de especial grandeza para os diferentes graus de sua produção quer implícita quer explícita; dar-lhe canais de expressão e participação, mesmo que aparentemente marginal, é assimilar em tempo o que amanhã pode vir a compor o consensual. Enfim, torna-se extremamente necessário lidar com habilidade e de maneira transparente com o atual jogo de interesses, sobretudo dos atores que tendem a perpetuar seu domínio. É bom lembrar o que já dissemos acima: ‘É a justiça que confere à lei o valor e o reconhecimento’. Este lastro ético lhe é garantia de legitimidade.”

<sup>378</sup> NEVES, A. Castanheira. *DIGESTA: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. V. 1. Coimbra : Coimbra Editora, 1995, p. 487 (A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, p. 481-530).

<sup>379</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 495.

<sup>380</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 511.



simultaneamente a questão-de-fato e a questão-de-direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas.<sup>381</sup> É assim que o objeto dos problemas jurídicos é o ‘fato’, pois é perante ou sobre o ‘fato’, — perante ou sobre os ‘casos’, — as situações concretas da vida, que se põem os problemas de juridicidade.<sup>382</sup>

O caso concreto estaria na realidade, — que foi concebida pelo neokantismo como um contínuo material (simples ‘matéria’) irracional em si mesmo, e susceptível de impressionar imediatamente o sujeito apenas num ‘caos de sensações’. A sua objetivação e determinação só poderia ser o resultado de uma conformação imputável ao sujeito (gnoseológico), com fundamento num ‘ponto de vista’ categorial.<sup>383</sup>

No momento em que o jurista seleciona os ‘fatos’ a que pretende aplicar o direito, não faria mais também do que objetivar e determinar, naquele sentido, a realidade que importa ao jurídico, que é para este relevante. O ‘ponto de vista’ dessa objetivação e relevância teria de ser, assim, necessariamente informada por uma perspectiva definida pelas categorias do pensar jurídico.<sup>384</sup>

Apesar de os juristas considerarem, tradicionalmente, como uma das tarefas da interpretação a eliminação das contradições do Direito,<sup>385</sup> mas é neste processo que elas mais se fazem presentes.

Com efeito, o caso é a conexão com a realidade.<sup>386</sup>

---

<sup>381</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 512.

<sup>382</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 517.

<sup>383</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 522.

<sup>384</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, *ibidem*.

<sup>385</sup> CARACCILO, Ricardo. **La Noción de Sistema em la Teoría del Derecho**. 2ª ed.. México : Distribuciones Fontamara, S.A., 1999, p. 21.

Neste processo, o desenvolvimento normativo do preceito legal aplicável<sup>387</sup> se dá no plano hermenêutico.

Na norma, proveniente do legislador, o caso é futuro. Para o intérprete e/ou juiz, o caso é passado,<sup>388</sup> já ocorrido, constante do processo de reconstrução da verdade material para a verdade judicial ou processual.

Também o caso é a base na qual se constróem as discussões e deliberações legislativas (ação prévia à futuros casos)<sup>389</sup> ou, por vezes, no plano do poder Executivo, quando é deste a iniciativa legislativa, que desencadeia, *lato sensu*, a norma. Isto se dá igualmente no plano das decisões judiciais<sup>390</sup> e conseqüentemente na hermenêutica jurídica, seja no sentido da investigação da vontade do legislador, seja no plano da investigação histórica (*occasio legis*)<sup>391</sup> ou na teleologia do preceito normativo.

A princípio, não se pode isolar o caso concreto da norma, e considerá-lo independente desta.<sup>392</sup>

---

<sup>386</sup> SCHAPP, Jan.. **Problemas fundamentais da Metodologia Jurídica**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 38.

<sup>387</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 525.

<sup>388</sup> SCHAPP, Jan.. *Idem*, p. 19.

<sup>389</sup> SCHAPP, Jan.. *Idem*, p. 53.

<sup>390</sup> SCHAPP, Jan.. *Idem*, p. 20.

<sup>391</sup> SILVA, Kelly Susane Alfen. **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 393: “Conforme isso, os métodos (tradicionais) devem possibilitar a formulação do conteúdo da norma como princípio superior, a fim de que as circunstâncias concretas possam dele ser, em seguida, subsumidos, como algo secundário, onde a própria interpretação não passa de outra coisa que uma (re) execução da vontade normativa. Por tal razão, o trabalho preparatório da lei, por meio do emprego das regras clássicas de interpretação não deve ser utilizado em princípio, senão como precaução e a título de mera confirmação nos limites do *conteúdo objetivo da lei*, considerando-se que um trabalho de tal espécie só serve para descobrir a vontade objetiva ou subjetiva do legislador. Porém, de modo algum, esses trabalhos devem conduzir a uma aplicação com base na legalidade das representações subjetivas das instâncias legalista e o conteúdo objetivo da lei.”

<sup>392</sup> SCHAPP, Jan.. *Idem*, p. 29.

Todavia, a concretização da norma significa que, em primeiro lugar, o texto de norma não se identifica com a norma. Em segundo lugar, o texto de norma constitui o ponto de partida do processo de concretização, tanto por parte do direito em vigor, quanto por parte dos fatos (concretos), pelas circunstâncias das coisas a solucionar. Em terceiro lugar, o texto de norma desenvolvido durante o processo de solução do caso é mais concreto que o texto de norma, pois é mais estreitamente vinculado, sob o ponto de vista tipológico, ao caso concreto. Em quarto lugar, o texto de norma jurídica é mais geral em relação ao da norma-decisão, que é mais concreto que o texto de norma.<sup>393</sup>

Por conseguinte, o termo concretização é, precisamente, apropriado para designar o processo de concretização da norma de modo contrário a uma consideração pseudo-ontológica da doutrina positivista, para a qual a norma jurídica é um dado prévio.<sup>394</sup>

Em síntese, a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação<sup>395</sup> — no caso concreto.

Esta aplicação é resultante da tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança sua aplicação ao instante da interpretação.<sup>396</sup>

Por conseguinte, a interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito.<sup>397</sup>

---

<sup>393</sup> SILVA, Kelly Susane Alfen. *Idem*, p. 423.

<sup>394</sup> SILVA, Kelly Susane Alfen. *Idem, ibidem*.

<sup>395</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Revisão Ênio Paulo Giachini. Petrópolis : Vozes, 1998, p. 335.

<sup>396</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Idem*, p. 314.

Compreender é o mesmo que aplicar, pois tem que haver a compreensão a cada instante, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.<sup>398</sup>

Assim, os tempos mudam e nós mudamos com eles, já o disse Virgílio.<sup>399</sup> E sabemos que as normas jurídicas também mudam com o tempo,<sup>400</sup> passam por transformações significativas. E a respeito da mutabilidade do signo jurídico — deve-se indicar que o caráter histórico e social a ele atribuído, que nos obriga a verificar que as forças sociais, em sua dinâmica, submetem à incessante mudança todos os processos de significação.<sup>401</sup>

As necessidades de adaptação das normas às transformações temporais e espaciais dos fatos da vida conduzem à possibilidade de que uma mesma norma jurídica sofra, a cada aplicação, uma interpretação ampliativa ou restritiva, tanto no seu sentido como no seu alcance; tanto quanto possível é que seja efetivada a sua ‘declaração de não-incidência’, se faltar à hipótese fática, submetida a julgamento, ou algum ‘pressuposto de incidência’.<sup>402</sup>

---

<sup>397</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 2. ed. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 193.

<sup>398</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Idem, ibidem*.

<sup>399</sup> CONY, Carlos Heitor. Os Grandes Momentos. p. 80-81. In: CONY, Carlos Heitor. **Os anos mais antigos do passado: Crônicas**. Rio de Janeiro : Editora Record, 1998.

<sup>400</sup> BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos**. São Paulo : Editora da USP: Ícone, 1993, p. 160: “(...) as transformações que ocorrem na estrutura social das relações humanas provocam um envelhecimento do ordenamento no instante mesmo em que ele é tornado positivo, distanciando de maneira variável o real da estrutura social, e também do mundo real (...)”.

<sup>401</sup> WARAT, Luis Alberto com a colaboração de ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 28.

<sup>402</sup> PUGGINA, Márcio Oliveira. A hermenêutica e a justiça do caso concreto. p. 163-175. In: PINHEIRO, José Ernane (Pe.). (Org.) *et alii*. **Ética, Justiça e Direito : Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. 2ª ed. (CNBB). Petrópolis : Vozes, 1996.

Hipótese desta declaração de não incidência, v.g. — o caso dalguns juízes sul-africanos que negavam a lei do *apartheid*, deferindo, em situações diversas, os direitos fundamentais do ser humano, — ou dos juízes franceses, quando da ocupação alemã, que negaram aplicação à legalidade nazista, incorporada ao sistema jurídico francês, inclusive com a retroatividade da lei penal.<sup>403</sup> Ou ainda os próprios juízes alemães, não todos, senão poucos, que se negaram a dar legitimidade a grotescas violações aos mais mezinhos princípios jurídicos, significativos da evolução civilizatória, ao tempo do nazismo. Violaram o Direito?<sup>404</sup> a opinião jurídica dominante, à época, os reprovaram.<sup>405</sup>

Esta declaração de não incidência pode ocorrer por antinomia gerada pela aplicação da norma (eficácia de vida), com os princípios gerais do direito,<sup>406</sup> com os princípios constitucionais, com os princípios éticos universais, pois, repita-se, é nos princípios que estão os conteúdos das formas jurídicas, e/ou com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático e de Direito.<sup>407</sup>

Por conseguinte, nesta hipótese em que há a antinomia dos princípios com a lei, a antinomia é superada pela prevalência daqueles, pois hierarquicamente superiores à lei.<sup>408</sup>

---

<sup>403</sup> Ver o clássico filme sobre o tema: GAVRAS, Costa (Diretor). **Seção Especial de Justiça (Filme)**. São Paulo : Distribuidora Mundial Filmes, 1975.

<sup>404</sup> PUGGINA, Márcio Oliveira. *Idem, ibidem*.

<sup>405</sup> PUGGINA, Márcio Oliveira. *Idem, ibidem*.

<sup>406</sup> PUGGINA, Márcio Oliveira. *Idem, ibidem*.

<sup>407</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa : Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999, p. 53-57.

<sup>408</sup> PUGGINA, Márcio Oliveira. *Idem, ibidem*.

É a hermenêutica jurídica na plenitude Constitucional com a decorrência de sua principiologia.<sup>409</sup>

Neste processo hermenêutico, o intérprete intervém decisivamente,<sup>410</sup> pois na concretização influem os seus sentidos de Direito<sup>411</sup> e da vida, experiências pessoais, formação econômica, cultural, ética etc...<sup>412</sup> e o sentido de projeto social em que se vincula a aplicação do intérprete. Daí porque o jurista não pode se julgar asséptico, mas integrado num projeto de sociedade.<sup>413</sup>

Há de se notar que o direito procura colonizar o quotidiano e dar-lhe substância, capturá-lo e mantê-lo sob o seu domínio, amarrar-se a si mesmo à solidez do quotidiano e, ao fazê-lo, solidificá-lo ainda mais. Todavia o

<sup>409</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 224-239; 283-284.

<sup>410</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e Hermenêutica Material no Direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 30.

<sup>411</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da sentença**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1992, p. 40-43.

<sup>412</sup> FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. Manuel A. Domingos de Andrade, 4ª ed.. Coimbra : Arménio Amado editor, Sucessor, 1987, p. 187: Em síntese, os princípios de experiência são obtidos diretamente na indução dos fatos e muitas vezes constituem um material adquirido de idéias, patrimônio comum da generalidade ou pelo menos de certos círculos de pessoas. *Verbi gratia*, o juiz também se vale do seu conhecimento das relações da vida.

<sup>413</sup> CARVALHO, Orlando de. Para um novo paradigma interpretativo: O Projecto Social Global. p. 01-17. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXIII Coimbra : Coimbra Editora, 1997: “Função do intérprete não é buscar o ‘melhor direito’, mas o direito *tout court*, quer dizer, o direito em vigor. (...) O projecto social global recolhe, na sua informação, seguramente um legado histórico — nenhuma sociedade surge *ex nihilo* e, por isso, nenhum projecto de sociedade, por mais inaugurante ou transformante —, introduz valores inéditos (porventura, até contravalores), repristina eventualmente valores perimidos ou revigora valores em crise e, sobretudo, inscreve-se num certo mundo, num certo grau de civilização e de consciência. (...) A insubmissão é igualmente legítima. Em nome do quê ? Do *consensus populi*, quando os humores racistas começam a invadir o *petit peuple*, e não apenas ao nível dos *skinheds* ? Da *communis opinio doctorum*, tão classicamente submissa ao poder, classicamente tão guardiã do positivismo legalista ? (...) Ouso sugerir: em nome do próprio projecto, dado que este, como atrás se insinuou, se inscreve em certo tempo e certa civilização, tem de assumir, como ideal dinâmico, ‘o máximo de consciência possível’, o máximo de emancipação humana, ou como escreveu Maritain, a ‘conquista horizontal da liberdade’.”

quotidiano é força em movimento e um choque de forças que nunca se revelam totalmente. O direito nunca o pode capturar ou organizar completamente. Portanto, percebe-se que o direito não acontece ao quotidiano; ele é produzido e reproduzido nos encontros do quotidiano.<sup>414</sup>

A busca do cotidiano é a busca do caso concreto. Sendo assim, devemos efetivar, nesta linha de pensamento, quais as possíveis direções metodológicas ao caso concreto.

---

<sup>414</sup>HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.** Portugal : Publicações Europa-América, 1997, p. 250.

### 3.3. Direções metodológicas ao caso concreto

A pergunta inicial é o que é metódica jurídica (?)<sup>415</sup> e se responderá que é a metódica do trabalho dos juristas. Necessariamente virá outra pergunta: que fazem os juristas numa ordem jurídica (?),<sup>416</sup> a exemplo da brasileira, e se responderá que: põem normas (preparam-nas político-juridicamente pois formulam-nas nos órgãos legislativos); executam normas (no vasto âmbito do poder executivo) e ajuizam ações. Enfim laboram no âmbito jurisdicional, direta e indiretamente (transitam entre normas). Em síntese, nada mais distingue os juristas como tais do que o método por eles seguido.<sup>417</sup>

*Grosso modo*, a metódica jurídica é portanto a técnica prático-científica dos processos de decisão orientados por normas.<sup>418</sup> Se assim o é, o jurista é o aplicador (intérprete) da legislação criada pelo ‘legislador’, — é um serviçal das normas postas pelo legislador, — Estado (Constituição).

Quando a norma jurídica for aplicável, ela será apenas um eixum dum processo metodológico complexo em que, por um lado, ela se vê amplamente transcendida (transcendida a sua positiva normatividade abstrata), já pela intenção normativo-jurídica fundamentante manifestada pelo sistema, já pelo problemático *concretum* decidendo. Por outro lado, vem a ser interpretada

---

<sup>415</sup> NEVES, A. Castanheira. **DIGESTA: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. V. 2.** Coimbra : Coimbra Editora, 1995, p. 283 (cita MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*).

<sup>416</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

<sup>417</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

<sup>418</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 284.



pela assimilação, ou enquanto assimila, o resultado normativo-jurídico da dialética metodológica da própria realização concreta do direito que a utiliza. O que significa que a norma se é convocada a orientar a realização concreta como seu critério, é simultaneamente determinada e reconstituída por e nessa realização.<sup>419</sup>

Aspecto relevante deste procedimento metodológico é a historicidade da problemática jurídica, pois ao assumir-se uma intenção normativa à historicidade humano-social, obriga-se o pensamento jurídico a dar-se conta dos limites objetivos, intencionais, temporais e mesmo de validade das positivas normas jurídicas (da própria lei ou da legalidade em geral) para cumprir a intenção do direito que o sistema jurídico e a ordem jurídica autonomamente implicam. Deve-se, pois, ultrapassar tanto extensiva e intensivamente, com e em normativas exigências constitutivas, aquele jurídico positivo.<sup>420</sup>

Isto obriga à contínua referência àqueles mesmos valores e princípios normativos que, sendo os fundamentos regulativos do próprio sistema ou da ordem jurídica, hão-de ser também os últimos e decisivos fundamentos-critérios da realização do seu direito. Por conseguinte, cada decisão jurídica concreta pode atuar o conteúdo global da ordem jurídica.<sup>421</sup>

Mais, — a irredutível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interrogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo

---

<sup>419</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 373.

<sup>420</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, p. 374-375.

<sup>421</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem*, *Ibidem* (indica vários autores: STAMMLER; HECK; ESSER; KRIELE; A KAUFMANN).

normativo concreto, do *consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológicas-normativas da ‘consciência jurídica geral’, com as expectativas jurídico-sociais de validade e justiça.<sup>422</sup>

Outro momento que tem a ver diretamente com o *concretum* decidendo, com o problema jurídico concreto, é o diálogo problemático e normativamente constituinte entre a norma (enquanto solução abstrata e codificada de um pressuposto problema jurídico também tipificado) e as exigências normativas específicas do caso decidendo, compreendido autonomamente (mediante um juízo problemático autônomo), como um problema análogo àquele que a norma pressupõe e tipifica. O sentido de um valor hipotético se submeterá como que uma experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto.<sup>423</sup>

Ou se efetiva uma possível assimilação desta relevância por aquele sentido hipotético (assimilação por concretização, assimilação por adaptação, assimilação por correção), ou por uma possível analogia teleológica-normativa entre a solução oferecida por esse sentido e a solução exigida pelo problema concreto, ou afinal por uma inadequação normativo-jurídica entre ambas, o que, recusando então a norma como critério jurídico para a decisão concreta, exigirá uma autônoma constituição da solução jurídica.<sup>424</sup>

Em verdade, o discurso jurídico tem a busca metodológica orientada para o caso concreto. Resta saber qual a possível intrusão do jurista, no

---

<sup>422</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, Ibidem.*

<sup>423</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem.*

processo hermenêutico (da aplicação), e quais as suas possibilidades de criação, liberdade e autonomia nesta metodologia, na busca da solução justa<sup>425</sup> para o caso concreto.<sup>426</sup>

Neste sentido, há a busca da solução justa para o caso concreto, questão essencial em que se ocupam todos os autores modernos da metodologia jurídica.<sup>427</sup>

ESSER<sup>428</sup> entende que onde quer que a jurisprudência transcenda os quadros traçados pela lei valer-se-á necessariamente de pensamentos jurídicos gerais ou princípios em que retira ou pretende retirar da própria lei.

Neste sentido, o princípio jurídico é descoberto originariamente no caso concreto; só depois se constitui numa ‘fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista que, nos casos típicos, se revelam adequados.’<sup>429</sup>

Um vez descoberto o princípio, este serve de simples inferência da decisão, como *starting point* ou ponto de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto. A norma não é encontrada de um modo interpretativo a

---

<sup>424</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, Ibidem*.

<sup>425</sup> O tema é complementar à análise da metodologia jurídica todavia refoge ao escopo do presente capítulo. Ver por todos: LARENZ, Karl. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid : Civitas, 1993, p. 46-54; FARINA, Juan M.. **Justicia: Ficción y Realidad**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1997, p. 143-172.

<sup>426</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 2. ed. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 190.

<sup>427</sup> LARENZ, Karl. *Idem, Ibidem*.

<sup>428</sup> LARENZ, Karl. *Idem*, p. 191 (indica ESSER, Josef. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Princípio e Norma no desenvolvimento jurisprudencial do Direito Privado, 1956).

<sup>429</sup> LARENZ, Karl. *Idem*, p. 193 (indica ESSER, Josef. *Idem*, p. 267).

partir do princípio, mas criada por uma síntese judicial e, portanto, somente a casuística nos faz saber o que é Direito.<sup>430</sup>

Distingue-se assim o *achamento* da decisão com o que se chegaria a uma decisão materialmente adequada do caso concreto e a *fundamentação* da decisão. A prática não arranca dos métodos doutrinários do *achamento* do Direito, mas serve-se deles somente para fundamentar *lege artis* a decisão mais ajustada, de acordo com o seu entendimento do Direito e dos fatos.<sup>431</sup>

A fundamentação tem aqui uma função de controle, isto é, do controle da legitimação judicial.<sup>432</sup>

A questão que necessariamente deve ser enfrentada é da tópica. Pois na metodologia apresentada, de ESSER, não renuncia a formação do sistema na jurisprudência. E com isto distingue-se claramente de VIEHWEG<sup>433</sup> de pretensão exclusivamente tópica.<sup>434</sup>

O próprio VIEHWEG nega à tópica a condição de método jurídico.<sup>435</sup>

Ocorre que o referido autor parte de uma idéia de VICO e estuda as obras sobre tópica de ARISTÓTELES e CÍCERO.<sup>436</sup> No que é interessante notar

<sup>430</sup> LARENZ, Karl. *Idem*, p. 193 (indica ESSER, Josef. *Idem*, p. 151).

<sup>431</sup> LARENZ, Karl. *Idem*, p. 193 (indica ESSER, Josef. *Idem*, p. 7).

<sup>432</sup> LARENZ, Karl. *Idem*, p. 193 (indica ESSER, Josef. *Idem, ibidem*).

<sup>433</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Ministério da Justiça co-edição com a Editora Universidade de Brasília, 1979. Ver ainda: GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la topica juridica**. Madrid : Civitas, 1988, p. 84-118, especialmente: 90-91;100-101.

<sup>434</sup> LARENZ, Karl. *Idem*, p. 232.

<sup>435</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la topica juridica**. Madrid : Civitas, 1988, p.100.

que dá especial importância a tópica Ciceroniana. Isto porque CÍCERO a dedicou a um jurista, Cayo Trebacio Testa.

A história porém é a seguinte: Trebácio visitando a casa de CÍCERO encontrou a Tópica de ARISTÓTELES, que não conhecia, leu a obra, mas não a entendeu muito bem. Pediu a CÍCERO que lhe fizesse compreensível, no que resultou a Trebácio a Tópica de CÍCERO que o jurista, ao que consta, não a utilizou na sua prática jurídica.<sup>437</sup>

A tópica como método, surge com ARISTÓTELES. Atualmente é necessária justamente a superação dialética de sua dialética ou tópica.<sup>438</sup>

A dialética (tópica) para ARISTÓTELES é um método ou caminho originário, que, partindo da cotidianidade, abre-se ao fundamento: ao ser. Esta abertura é o fundamento do saber apodítico, demonstrativo, epistêmico ou científico.<sup>439</sup>

Estas opiniões, geralmente aceitas, denominam-se na linguagem aristotélica de *éndoxa*.<sup>440</sup>

Efetivamente há uma demonstração entre premissas verdadeiras e premissas *éndoxa*. As primeiras valem por força de si mesmas, independentemente de qualquer reconhecimento exterior. Por exemplo: o

---

<sup>436</sup> GARCIA GARRIDO, Manuel Jesus. **Casuismo y Jurisprudencia Romana**. Madrid : Artigrafia, 1973, p. 26-31.

<sup>437</sup> GARCIA GUARRIDO, Manuel Jesus. *Idem, ibidem*.

<sup>438</sup> LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. (Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da U.F.PR), 1993, p. 19.

<sup>439</sup> LUDWIG, Celso Luiz. *Idem, ibidem* (O autor faz referência a DUSSEL, Enrique D.. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo : Loyola, 1976, 35.)

<sup>440</sup> BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. São Paulo : Loyola, 1998, p. 19

consenso de um auditório (que não tem direito a interlocução, pois está num nível inferior de quem ensina e deve somente aprender). As segundas, premissas *éndoxa*, valem por força do reconhecimento que lhe é atribuído da parte de todos, ou da maioria, ou dos sábios<sup>441</sup> pela força dos fundamentos problemáticos.<sup>442</sup>

VIEHWEG efetiva a vinculação da Tópica com o *ius civile*, que em sua opinião, teria como objetivo principal o de coletar pontos de vista (*topoi*) como o catálogo de regras do Título 17, *De diversis regulis iuris antiqui* do Livro 50 do Digesto. Respeitosamente, isto é um equívoco, pois esta obra é originária do período Pós-clássico, desvinculado da Jurisprudência Clássica Romana,<sup>443</sup> dum período de generalizações e simplificações didáticas das Escolas de Direito.<sup>444</sup>

O método analítico abstrato se manifesta na aplicação e utilização pelos juristas de regras fundamentais. Todavia, a diferença do casuismo clássico romano é a de que a função das análises se realizavam na formação e estruturação de princípios do Direito.<sup>445</sup>

<sup>441</sup> BERTI, Enrico. *Idem*, p. 24.

<sup>442</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed.. Coimbra : Almedina, 1992, p. 220. Para o renomado autor a tópica seria então uma arte da invenção (*inventio*), uma técnica de pensar problemático. Sua repercussão no Direito dá-se como instrumento que pode servir de auxiliar de orientação ao intérprete; constituir um guia de discussão dos problemas e permitir a decisão do problema jurídico em discussão. Podendo conduzir a um casuismo sem limites, pois a interpretação não poderia partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. E a interpretação é uma atividade normativamente vinculada. Apresentamos o método hermenêutico-concretizador, adiante, que, segundo CANOTILHO, superaria o método tópico-problemático pois na mediação entre texto e *contexto* haveria uma mediação criadora do intérprete (círculo hermenêutico) limitada pelo primado do texto constitucional.

<sup>443</sup> Ver ainda: VENTURA, Raul. **Manual de Direito Romano I**. Lisboa : Coimbra Editora, 1963, p. 72. E desvinculado do próprio Direito Romano, conforme: GARCIA GUARRIDO, Manuel Jesus. *Idem*, p. 30.

<sup>444</sup> GARCIA GUARRIDO, Manuel Jesus. *Idem, ibidem*.

<sup>445</sup> GARCIA GUARRIDO, Manuel Jesus. *Idem, ibidem*

CORDEIRO,<sup>446</sup> na introdução à obra de CANARIS,<sup>447</sup> refuta o pensamento tópico ou problemático da jurisprudência problemática, situando-a como um dos grandes pilares no que denomina de irrealismo metodológico. Contrariamente ao próprio CANARIS, que afirma que embora a tópica não possa abarcar, com correção e no fundamento, a estrutura da Ciência do Direito. Há no entanto áreas nas quais ela tem uma função legítima a desempenhar, sobretudo nas valorações legais bastantes, e onde, por isso, não haja espaço para o pensamento sistemático. O pensamento sistemático e o tópico se completam mutuamente interpenetrando-se, até, em parte.<sup>448</sup>

Na verdade, o problema da concretização, conforme assinala LAMEGO,<sup>449</sup> não se cifra somente na distância entre o caráter concreto do caso singular e o caráter abstrato da previsão normativa. É também um problema situado ao nível da estrutura organizatória do próprio sistema jurídico, enquanto repartição entre a atividade regulativa do legislador e o juiz.

Neste sentido é o momento de se refletir a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a legalidade (a mera legalidade), através de uma renovada distinção entre o *ius* e *lex*.<sup>450</sup>

---

<sup>446</sup> CORDEIRO, A. Menezes. Introdução e Tradução. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. LII.

<sup>447</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

<sup>448</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Idem*, p. 288-289.

<sup>449</sup> LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa : Fragmentos, 1990, p. 97.

<sup>450</sup> NEVES, A. Castanheira. Entre 'legislador', a 'sociedade' e o 'juiz' ou entre 'sistema', 'função' e 'problema' — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. p. 01-44. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXIV. Coimbra : Coimbra Editora, 1998.

Efetivamente, há de se verificar os limites temporais das normas, no *concretum* problemática da sua realização. Tanto dos princípios normativo-jurídicos, como da realidade jurídica normativamente intencionada.<sup>451</sup>

O caso extremo da hipótese será o da norma obsoleta, ou ultrapassada pelos fundamentos normativos que a devem sustentar. A caducidade normativa da norma legal por alteração decisiva nos princípios fundamentais do sistema.<sup>452</sup>

Daí a razão do conteúdo intencional da consciência jurídica geral, nos seus valores, princípios e critérios normativos decisivos. Consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural. Já que esta consciência se é uma pressuposição, é simultaneamente um resultado constituído pela prática da sua histórico-social realização.<sup>453</sup>

A jurisdição, desta forma, deve constituir-se numa atividade juridicamente criadora numa situação evolutiva que nas sociedades modernas terá de ver-se como irreversível.<sup>454</sup>

O jurista político seria a condição necessária para a existência de uma nova sociedade pluralístico-social, em contínua mutação social e

---

<sup>451</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem* (O autor faz referência o termo *Normbereich*, na expressão e conceito de MÜLLER, F.).

<sup>452</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

<sup>453</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

<sup>454</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem* (O autor faz referência a WASSERMANN, R. *Die richterliche Gewalt*, I).



politicamente constituenda. E isto implica na exigência de uma teoria política do direito.<sup>455</sup>

*A fortiori*, a metodologia do ilustre e douto NEVES traduz o modelo alternativo de realização jurisdicional do direito, pela experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto. Exigindo-se eventualmente uma autônoma constituição da solução jurídica.<sup>456</sup>

Asseverando não se tratar nem da realidade redutível a fatos discretos e apenas empiricamente determináveis, nem da realidade social em termos especificamente sociológicos, mas da realidade correlativa à própria normatividade axiológica-materialmente jurídica. A realidade do encontro na interação ou da convivência prática. Que se vive em acontecimentos prático-sociais e de que emergem controvérsias e mesmo conflitos a imporem-se juridicamente como *casos* de histórico-concreta problematicidade prática e a exigirem uma solução de validade normativa.<sup>457</sup>

Nesse passo, buscam-se operadores jurídicos, intérpretes, filósofos do Direito e principalmente juízes, que não sejam meros funcionários passivos de qualquer legislador ou simples burocratas legitimantes da coação.<sup>458</sup>

---

<sup>455</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem* (O autor faz referência a WIETHÖLTER, Rechtswissenschaft, 1970).

<sup>456</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

<sup>457</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

<sup>458</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

Para finalmente podermos perguntar: — Em que aras queimaremos incenso, onde estão os nossos deuses ?<sup>459</sup> E responder: — No próprio Direito (*lato sensu*) e no Caso Concreto.

---

<sup>459</sup> NEVES, A. Castanheira. *Idem, ibidem*.

## CONCLUSÕES

Sem o menosprezo doutras afirmações laterais efetivadas na presente dissertação, em conclusão e em síntese:

A conexão do Caso Concreto com o Direito dá-se no plano da participação política;<sup>460</sup>

O casuísmo do Direito Romano Clássico é o momento histórico em que a participação popular se fez grande ênfase. E os operadores jurídicos de então possuíram enorme poder criativo e decisório a partir dos Casos Concretos, num ambiente jurídico avesso às codificações;<sup>461</sup>

Com o Positivismo Jurídico, o vetor das decisões jurídicas passa a ser a norma jurídica, posta pelo Estado, fundante da legalidade. E assim o caso concreto transforma-se em hipótese fática;<sup>462</sup>

O Caso Concreto então se adapta à hipótese fática;<sup>463</sup>

Quanto aos operadores do Direito e a realidade, há uma verdadeira domesticação ao Positivismo Jurídico. Constroí-se uma realidade legal feliz, dissociada da realidade social, política e econômica. Por conseguinte, os operadores ficam carentes de uma visão crítica dos problemas. E as crises do discurso jurídico inserido nestes planos;<sup>464</sup>

---

<sup>460</sup> (p. 04-08; 09-17).

<sup>461</sup> (p. 18-27).

<sup>462</sup> (p. 28-37).

<sup>463</sup> (p. 38-42).

<sup>464</sup> (p. 43-56).

O discurso jurídico por se situar no plano abstrato afasta-se, por um lado da realidade social, política e econômica, mas por outro instrumentaliza-a.<sup>465</sup>

O poder criativo da jurisprudência pode vislumbrar soluções para a aproximação dos Casos Concretos com o discurso jurídico, numa perspectiva de criação e não de submissão às normas. Por conseguinte, há de se fortalecer o Poder Judiciário, (*en passant*, no Brasil, o mais fraco da República) com uma perspectiva hermenêutica libertadora, responsável e legitimada;<sup>466</sup>

Com efeito, a par de se poder vislumbrar possibilidades do Direito e do Caso Concreto nos estudos do Direito Comparado, pode-se valorizar a função jurisdicional, responsabilizando-a no sentido de o juiz dar-se-lhe o poder e o papel que exige e nossa modernidade, ou nosso projeto inacabado dela;<sup>467</sup>

O Caso Concreto está imerso no caos da sociedade em transformação. Por isto os operadores jurídicos devem se aproximar desta realidade, pois o Direito há de acompanhar estas transformações;<sup>468</sup>

A hermenêutica jurídica é o instrumental importante para a superação desta crise, na qual o jurista é partícipe e responsável e não mero espectador;<sup>469</sup>

As direções metodológicas ao Caso Concreto se avizinham numa perspectiva de maior participação e envolvimento dos operadores jurídicos com a realidade. As superações teóricas para tanto já existem, bastando a percepção de

---

<sup>465</sup> (p. 57-66).

<sup>466</sup> (p. 67-77).

<sup>467</sup> (p. 78-85).

<sup>468</sup> (p. 86-96).

que é necessário incluir o jurista no plano político, como responsável pela superação da desigualdade jurídica (*lato sensu*) vigente na sociedade brasileira, com um sentido dum saber jurídico histórico, orientado numa perspectiva de profunda análise concretizadora do Direito (*lato sensu*) e o Caso Concreto.<sup>470</sup>

---

<sup>469</sup> (p. 97-112).

<sup>470</sup> (p. 113-123).

## Bibliografia

- ABELLÁN, Marina G. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid : Tecnos, 1993.
- AGOSTINI, Nilo (Frei). Entre o instituinte e o Instituído : do *ethos* à ética. p. 100-124: In: PINHEIRO, José Ernane (Pe.). (Org.) *et alii*. **Ética, Justiça e Direito : Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. 2ª ed. (CNBB). Petrópolis : Vozes, 1996.
- AGUIAR, Roberto A. B.. **A crise da advocacia no Brasil : diagnóstico e perspectivas**. São Paulo : Editora Alfa-Ômega Ltda., 1991.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe. A servidão de Tom Cruise : Metamorfose do trabalho compulsório. p. 4-7. In: **Suplemento MAIS**. Jornal Folha de São Paulo. São Paulo, 13/08/00.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª ed. Coimbra : Almedina, 1998.
- ALPA, Guido. **L'Arte di giudicare**. Roma : Gius. Laterza & Figli Spa., 1996.
- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária : o processo psicológico e a verdade judicial**. Vol. I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra : Armênio Amado, editor, Sucessor, 1981.
- AMARAL, Francisco. A casuística romana. p. 91-104. In: **Revista Brasileira de Letras Jurídicas**. V. 1. n. 1. jan./jun. 1985. Rio de Janeiro: Academia, 1985.
- ANDRADE, Lédio Roda de. **Introdução ao Direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues. Sentido e Valor da Jurisprudência (Oração de sapiência lida em 30 de outubro de 1953). p. 255-294. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. XLVIII. Coimbra : Coimbra Editora, 1972.
- ARROJO, Rosemary. As relações perigosas entre teorias e políticas de tradução. p. 27-33. In: ARROJO, Rosemary *et alii*. **Tradução, Desconstrução e Psicanálise**. Rio de Janeiro : Imago, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito : Introdução e teoria geral : Uma perspectiva Luso-Brasileira**. 7ª ed. . Coimbra : Almedina, 1993.
- ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. p. 09-46. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et alii*. **Garantias Constitucionais do Processo Civil : Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- ASÚA, Luis Jiménez. **Crónica del Crimen**. 6ª ed. (1ª ed. 1929). Buenos Aires : Depalma, 1994.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. Atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo : Malheiros, 1998.
- ATIENZA, Manuel. **Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico**. Madrid : Civitas, 1986.

- AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. p. 119-138. In: HESPANHA, António. **Justiça e Litigiosidade : história e prospectiva**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Crítica à dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Método e Hermenêutica Material no Direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1999.
- AZEVEDO, Hélio Faraco de. **Abuso de Poder Econômico, um caso concreto**. Porto Alegre : Gráfica Dom Bosco, 1974.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Hermenêutica Jurídica**. (Edição original de 1872). São Paulo : Saraiva, 1984.
- BARREIRO, Alejandrino Fernandez. **Presupuestos de una concepcion jurisprudencial del derecho romano**. Madrid : Universidad de Santiago de Compostela, Villena, Artes Gráficas, 1976.
- BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.). **A intolerância**. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2000.
- BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. São Paulo : Loyola, 1998.
- BETTS, Richard K.. The New Threat of Mass Destruction. p. 26-41. In: **FOREIGN AFFAIRS**. V. 77. n. 1. Jan./feb. New York : Foreign Affairs Reader Services, 1998.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estado Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. 10ª atualizada por Achilhes Bevilacqua. V. II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954.
- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Trad. João Ferreira. Brasília : UnB, 1995.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo Jurídico : Lições de Filosofia do Direito**. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edison Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed.. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília : Universidade de Brasília, 1997.
- BORGES FILHO, Nilson Borges. A difícil travessia da transição. p. 135-148. In: BORGES FILHO, Nilson. (organizador) *et alii*. **Direito, Estado, Política e Sociedade em transformação**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris/CPGD-UFSC, 1995.
- BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos**. São Paulo : Editora da USP: Ícone, 1993.
- BRASIL. **Lei Estadual nº 10.701/93 de 30 de dezembro de 1993 (Estado do Paraná)**.
- \_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 9.294 de 15 de julho de 1996**.

- \_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1898 (Reclamação nº 935).**
- BRETONE, Mario e TALAMANCA, Mario. **Il diritto in Grecia e a Roma.** Roma-Bari : Editori Laterza, 1994.
- BRETONE, Mário. **História do Direito Romano.** Estampa : Lisboa, 1990.
- BRUTAU, José Puig (Prólogo). In: LLEWELLYN, Karl Nickerson. **Belleza y Estilo en el Derecho.** Trad. José Puig Brutau. Barelona : Bosch, 1953.
- CACIAGLI, Mario. **Clientelismo, Corrupción y Criminalidad Organizada: evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos.** Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1996
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, visto por um advogado.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Introdução e Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Reimpressão. Coimbra : Coimbra Editora, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Estado de Direito.** Lisboa : Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999.
- \_\_\_\_\_. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. p. 7-17. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** Ano 4. n. 15. Abr./Jun. Revista dos Tribunais : São Paulo, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional.** 5ª ed.. Coimbra : Almedina, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade (Crítica de jurisprudência Ambiental).** Coimbra : Coimbra Editora, 1995.
- \_\_\_\_\_.; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra : Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **El acceso a la justicia : La tendencia em el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.** Traducción Mónica Miranda. México : Fondo de Cultura económica, 1996.
- CARACCILO, Ricardo. **La Noción de Sistema em la Teoría del Derecho.** 2ª ed.. México : Distribuciones Fontamara, S.A., 1999.
- CARAZZA, Roque. **Conflitos de competência: um caso concreto.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984.
- CARDOSO, Augusto Lopes. **Do Segredo Profissional na Advocacia.** Coimbra : Tipografia Guerra, Viseu, 1997.
- CARVALHO, Orlando de. Para um novo paradigma interpretativo: O Projecto Social Global. p. 01-17. In: **Boletim da Faculdade de Direito.** V. LXXIII Coimbra : Coimbra Editora, 1997.



- CASCUDO, Luís da Câmara. **Dicionário do Folclore Brasileiro**. 9ª ed. (1ª ed. 1954). Rio de Janeiro : Ediouro Publicações S.A., [s.d.].
- CASTREANA, Amelia. **Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho**. Madrid : Tecnos, 1991.
- CASTRO, Reginaldo Oscar de. Direito dos pobres/ Pobres direitos ou novos modelos de solidariedade social ? p. 391-398. In: **Portugal-Brasil ano 2000 : Tema Direito**. Antônio de Pádua Ribeiro *et alii*. Coimbra : Coimbra Editora, 1999.
- CIFUENTES, Rafael Llano. **Naturaleza Juridica de la 'ficto iuris'**. Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1963.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 1981.
- COMMELIN, P.. **Mitologia Greco-romana**. Trad. Oliveira Rodrigues. Salvador : Livraria Progresso Editora, 1957.
- CONY, Carlos Heitor. O burguês e o crime. p. 270-278. In: MORICONI, Ítalo (Organização, introdução e referências bibliográficas). **Os Cem Melhores Contos Brasileiros do Século**. Rio de Janeiro : Objetiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. Os Grandes Momentos. p. 80-81. In: CONY, Carlos Heitor. **Os anos mais antigos do passado: Crônicas**. Rio de Janeiro : Editora Record, 1998.
- CORDEIRO, A. Menezes. Introdução e Tradução. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Agressões à Intimidade: o episódio Lady Di**. São Paulo : Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- COSTA, Emílio. **Derecho Romano : Publico y Privado**. Trad. Manuel Raventos y Noguer. Madrid : editorial Reus S. A., 1930.
- CRUZ, Braga da. **Obras Esparsas**. Vol. I. Coimbra : Coimbra Editora / Acta Universitatis Conimbricensis, 1979.
- CRUZ, Sebastião. Temas de Direito Romano : *Ius, Derectum (Directum) Dereito (Derecho, Direito, Diritto, Droit, etc.)*. p. 169-204. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. XLIV. Coimbra : Coimbra Editora, V. XLIV, 1968.
- CUNHA, Antônio Geraldo da *et alii*. 5ª impressão. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1992.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia : do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Filosofia do Direito**. Coimbra : Almedina, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra : Almedina, 1991.

- CUPIS, Adriano de. **Costume e Diritto**. Padova : Cedam, 1994.
- D'AMICO, Paolo. Inconscio e Giurisprudenza. p. 625-634. In: **Rivista di Diritto Civile**. Anno XLIV nº 5. Settembre-Ottobre. Padova : Cedam, 1998.
- D'ORS, Alvaro. **Elementos de Derecho Privado Romano**. Segunda edición. Pamplona : Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1975.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição Resistente, p. 44-63. In: **Os 10 anos da Constituição Federal : temas diversos**. MORAES, Alexandre *et alii*. São Paulo : Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. Constituição Resistente, p. 44-63. In: **Os 10 anos da Constituição Federal : temas diversos**. MORAES, Alexandre *et alii*. São Paulo : Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DAVID, René. **O Direito Inglês**. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- DE MASI, Domenico. **A Sociedade Pós-industrial**. Trad. Anna Maria Capovilla *et alii*. 2ª ed.. São Paulo : Editora Senac, 1999.
- DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley : El 'fundamento místico de la autoridad'**. Traducción de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez. Madrid : Tecnos, 1994.
- DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres**. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra : Almedina, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. Um acórdão de acordo com Viehweg (Um caso concreto sob a tópica). p. 183-193. In: **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. V. 19. nº 1-2. Dez.1990.
- FALCON Y TELLA, Maria José. **El Argumento Analogico em el Derecho**. Madrid : Civitas, 1991.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Globalização e o futuro do direito, p. 605-616. In: **Anais da XIV Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília : OAB, Conselho Federal, 1996.
- FARINA, Juan M..**Justicia: Ficción y Realidad**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1997.
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. Manuel A. Domingos de Andrade, 4ª ed.. Coimbra : Arménio Amado editor, Sucessor, 1987.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. Rio de Janeiro : Max Limonad, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FIGUEIREDO, Cândido de. 11ª ed. V. I. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Lisboa : Livraria Bertrand co-editada Rio de Janeiro : W.M. Jackons, Inc., [s.d.].
- FILHO, Nilson Borges. A difícil travessia da transição. p. 135-148. In: FILHO,

- Nilson Borges. (organizador) *et alii*. **Direito, Estado, Política e Sociedade em transformação**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris/CPGD - UFSC, 1995.
- FONTELES, Claudio Lemos. Posicionamento diante do Judiciário. p. 259-264. In: PINHEIRO, José Ernane (Pe.). (Org.) *et alii*. **Ética, Justiça e Direito : Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. 2ª ed. (CNBB). Petrópolis : Vozes, 1996.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro : Nau ed., 1996.
- FRANÇA, Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 5ª ed.. São Paulo : Saraiva, 1997.
- FRANCISCI, Pietro de. **Sintesis Historica del Derecho Romano**. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- FROSINI, Vittorio. **Teoría de la interpretación jurídica**. Trad. Jaime Restrepo. Santa Fe de Bogotá : Editorial Temis, 1991.
- FURTADO, Celso. Entrevista de. p. 01-5. In: **COFECON : Notícias**. Conselho Federal de Economia. Ano 3. nº 8. Jan./maio. 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Revisão Ênio Paulo Giachini. Petrópolis : Vozes, 1998.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la topica juridica**. Madrid : Civitas, 1988.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. Jurisprudencia Romana y actualidad de los Estudios Romanisticos. p. 55-83. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. XL. Coimbra : Universidade de Coimbra, 1964.
- \_\_\_\_\_. **Casuismo y Jurisprudencia Romana**. Madrid : Artigrafia, 1973.
- GARCÍA, Juan Antonio Alejandro. **Temas de Historia del Derecho : Derecho Primitivo y Romanizacion Juridica**. Sevilla : Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
- GARÇON, Maurice. **O advogado e a Moral**. 2ª ed.. Trad. A. S. Madeira Pinto. Coimbra : Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1963.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid : Tecnos, 1993.
- GASPAR, Alfredo. **O Advogado e a sua liberdade de expressão nos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- GHIRARDI, Juan Carlos. **El Derecho Romano y el Derecho Anglosajon**. Cordoba : Explanatio, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. Uma aproximação aos valores fundamentais do Estado democrático e social do terceiro milênio (Esboço de um Libelo Contra o Autoritarismo, a Intolerância, o Egoísmo, a Corrupção e a Miséria), p. 306-330. In: VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos *et alii*. **Uma vida dedicada ao direito : Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, O Editor dos juristas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Coimbra : Aequitas, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed.. São Paulo

- : Malheiros, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Ciencia y técnica como 'ideologia'**. 3ª ed. Madrid : Tecnos, 1997.
- HARRIS, J.W.. Conhecimento Jurídico (Teoria do). p. 135-141. In: ARNAUD, André-Jean *et alii*. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do Direito**. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- HART, H. L. A.. **O Conceito de Direito**. 2ª ed.. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito dos Códigos e o Direito da Vida**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- HESPANHA, António Manuel. **A história do Direito na História Social**. Portugal, Livros Horizonte, 1978.
- \_\_\_\_\_. Lei e justiça: História e perspectiva de um paradigma. p. 05-58. In: HESPANHA, António *et alii*. **Justiça e Litigiosidade : história e prospectiva**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal : Publicações Europa-América, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal : Publicações Europa-América, 1997.
- HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos : o breve século XX, 1914-1991**. Trad. Marcos Santana. 2ª ed., 4ª reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 1996.
- HOLLANDA, Chico Buarque de. **Chico Buarque, letra e música: incluindo Gol de Letras de Humberto Werneck e Carta ao Chico de Tom Jobim**. 2ª ed.. São Paulo : Companhia das Letras, 1997.
- HUNGRIA, Nelson. Os Pandectistas do Direito Penal (Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em maio de 1949). p. 748-756. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 85. V. 724. Fev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo : Acadêmica, 1988.
- JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**. Edición totalmente refundida por KUNKEL, Wolfgang. Traducción L. Prieto Castro. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, S.A., 1937.
- JUSTO, A. S.. A Crise na Romanística. p. 13-132. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXII. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.
- KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KRELLER, Hans. **Historia del Derecho Romano**. Traducción Fernando Hinestrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa : Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 2. ed. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

- \_\_\_\_\_. **Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid : Civitas, 1993.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica, Política e Direito: análise de algumas mazelas causadas no plano político-jurídico**. (Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da U.F.PR), 2000.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- LLEWELLYN, Karl Nickerson. **Belleza y Estilo en el Derecho**. Trad. José Puig Brutau. Barcelona : Bosch, 1953.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História : Lições Introdutórias**. São Paulo : Max Limonad, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LUCON. Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das Partes. p. 91-131. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et alii*. **Garantias Constitucionais do Processo Civil : Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. (Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da U.F.PR), 1993.
- MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra : Almedina, 1989.
- MALHADAS, Júlio Assumpção. Paralisação do trabalho e greve: Declaração de ser ou não greve; determinação de retorno ao trabalho; Reflexões sobre caso concreto. p. 42-50. In: **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. V. 6. nº 6., 1998.
- MARQUES, José Augusto Garcia e SILVEIRA, Luís Lingnau (Coordenadores) **Pareceres**, Vol. II. Procuradoria-Geral da República : Constituição da República Direitos, Liberdades e Garantias. Coimbra : Rainho & Neves, Ltda., [s.d.].
- MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do Direito**. 2ª ed.. Coimbra : Almedina, 1995.
- MARTINO, Francesco de. **Individualismo y Derecho Romano Privado**. Traducción Fernando Hinestrosa. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1991.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil (para a crítica histórica do 'paradigma civilístico')**. Separata do V. XXXV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Editora, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. p. 255-264. In: **Revista de Informação Legislativa**. ano 35. n. 137. jan./mar. Brasília : Senado Federal, 1988.

- MELLO, João Manuel de; NOVAIS, Fernando, A.. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. p. 559-658. In: NOVAIS, Fernando A.(Coordenador). **História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea. (História da vida privada no Brasil; 4).** São Paulo : Companhia das Letras, 1998.
- MENDONÇA, Daniel. **Interpretación y aplicación del derecho.** Espanha : Universidade de Almería, Servicio de Publicaciones, 1997.
- MIQUEL, Juan. **Quaestiones, Docencia del Derecho a través del casuismo romano.** Madrid : Ariel Derecho, 1992.
- MIRANDA, Jorge. O direito de informação dos administrados, p. 457-464. In: **O Direito.** Ano 120º . III-IV. Jul./dez. Diretor Inocêncio Galvão Telles. Portugal : Tipografia Guerra, Viseu, 1988.
- MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social.** Trad. Gilmar Pereira dos Santos. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- MONTENEGRO, Artur. **A conquista do Direito na Sociedade Romana.** Coimbra : Coimbra Imprensa da Universidade, 1934.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. p. 318-330. In: TUBENCHLAK, James ; BUSTAMANTE, Ricardo (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos.** V. 10. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1995.
- NEGRÃO, Theotônio. Org., sel. e notas, com a col. de José Roberto Ferreira Gouvêa. **Código civil e legislação civil em vigor.** 18ª ed. atualizada até 05/01/99. São Paulo : Saraiva, 1999.
- NEVES, A. Castanheira. Entre ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. p. 01-44. In: **Boletim da Faculdade de Direito.** V. LXXIV. Coimbra : Coimbra Editora, 1998.
- \_\_\_\_\_. **DIGESTA: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.** V. 1. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.
- \_\_\_\_\_. **DIGESTA: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.** V. 2. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.
- NÖRS, Dieter. **La fides en el Derecho Internacional Romano.** Traducción Rafael Domingo. Madrid : Fundacion Seminario de Derecho Romano ‘Ursicino Alvarez’, 1996.
- OLIVEIRA, Pedro Antonio Bueno de. Desacato a juiz eleitoral através da televisão: Estudo de um caso concreto. p. 38-40. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral.** V. 1. nº. 2., 1988.
- OSSORIO Y GALLARDO, Angel. **A alma da toga.** Trad. António de Sousa Madeira Pinto. Coimbra : Coimbra Editora, Limitada, 1956.
- OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional : sistemas de fuentes.** 2ª ed., 6ª reimpressão. Barcelona : Editorial Ariel S.A., 1998.
- OURIQUES, Nildo Domingos. O significado da Conquista: Cinco séculos de

- domínio e exploração na América Latina. In: RAMPINELLI, Waldir José; \_\_\_\_\_. (org.). **Os 500 anos: A conquista interminável**. 4ª ed.. Petrópolis : Vozes, 1999.
- PARICIO, Javier. **Sobre la administración de la justicia em Roma : Los juramentos de los jueces privados**. Madrid : Civitas, 1987.
- PASSOS, J.J. Calmon. Tutela jurisdiccional das liberdades. p. 85-94. In: **Revista de Processo**. n. 90. abr./jun. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- PEREIRA, M.S.D Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**. Coimbra : Almedina, 1992.
- PETEV, Valetin. Realidade Jurídica. p. 664-667. In: ARNAUD, André-Jean *et alii*. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do Direito**. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- PICÓ I JUNO, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona : Bosch, 1997.
- PIOVESAN, Flávia *et alii*. Implementação do Direito à Igualdade. p. 82-88. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 7. N. 28. Jul./Set. Revista dos Tribunais : São Paulo, 1999.
- PLACHY, Adolfo. **La Teoria della Interpretazione : Genesi e storia della ermeneutica moderna**. Milano : Giuffrè Editore, 1975.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da sentença**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1992.
- PRATA, Edson. **O mandado de segurança e o devido processo legal: um caso concreto**. São Paulo : Saraiva, 1990.
- PROVERA, Giuseppe. Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel Diritto Romano. p. 55-67. In: **Diritto e processo nella esperienza romana**. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera. Napoli : Casa Editrice Jovene, 1994.
- PUGGINA, Márcio Oliveira. A hermenêutica e a justiça do caso concreto. p. 163-175. In: PINHEIRO, José Ernane (Pe.). (Org.) *et alii*. **Ética, Justiça e Direito : Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. 2ª ed. (CNBB). Petrópolis : Vozes, 1996.
- RAMONET, Ignacio. **Geopolítica do caos**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 3ª ed. Petrópolis : Vozes, 1999.
- REALE, Miguel. Prefácio. In: COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 1981.
- RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro : A formação e o sentido do Brasil**. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.
- RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o Social**. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.
- RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Soares. Coimbra : Almedina, 1981.
- ROBERT, Henri. **O advogado**. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- RODRIGUES, Nelson. Os falsos Cretinos. p. 207-209. In: **O Óbvio Ululante**:

- primeiras confissões.** São Paulo : Companhia das Letras, 1994.
- ROSENFIEDL, Denis L.. O xadrez da modernidade. p. 24-25. In: **Suplemento MAIS.** Jornal Folha de São Paulo. São Paulo. 27/08/00.
- SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica.** 2ª ed.. México : Distribuciones Fontamara, S.A., 1999.
- SADER, Emir. Apresentação, p. I-III. In: RAMONET, Ignacio. **Geopolítica do caos.** Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 3ª ed. Petrópolis : Vozes, 1999.
- SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia : Secularização e crise no pensamento jurídico.** Belo Horizonte : Livraria Del Rey editora, 1993.
- SANTOS, Almeida. Crise de Valores; Crise do Direito. p. 151-166. In: **Boletim da Faculdade de Direito.** V. 72. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A separação consensual e o prazo para obtê-la: Breves reflexões em torno de um caso concreto. In: **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas.** out./nov. 1996.
- SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: espaço e tempo: razão e emoção.** 3ª ed.. São Paulo : Hucitec, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Por uma outra globalização : do pensamento único à consciência universal.** 2ª ed.. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- SCHAPP, Jan.. **Problemas fundamentais da Metodologia Jurídica.** Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.
- SCHULTZ, Fritz. **Derecho Romano Clássico.** Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona : Bosch, Casa Editorial, 1960.
- \_\_\_\_\_. **Principios del Derecho Romano.** Trad. Manuel Abellán Velasco. Madrid : Civitas, 1990.
- SIDOU, J. M. Othon. **O Direito legal (História, Interpretação, Retroatividade e Elaboração das Leis).** Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- SILVA, Valter Penteado. Alteração em Instituto Jurídico e a Irretroatividade das Leis: Caso Concreto: Férias. p. 69-86. In: **Revista de Direito Civil Imobiliário Agrário e Empresarial.** V. 12. nº 43. Jan./mar. 1988.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3ª ed., 2ª tiragem, revista, ampliada e atualizada. São Paulo : Malheiros, 1999.
- SILVA, Kelly Susane Alfen. **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial.** Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- SIMÕES, Inimá. **Roteiro da Intolerância : A Censura Cinematográfica no Brasil.** São Paulo : Editora Senac São Paulo, 1999.
- SINGER, Paul. Direito, Economia e Mudança Social, p. 79-92. In: ARGÜELO, Katie (org.). **Direito e Democracia.** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo : Companhia das Letras, 1996.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law : Introdução ao Direito dos**



- EUA. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- SOUSA, António Francisco de. **‘Conceitos indeterminados’ no Direito Administrativo**. Coimbra : Almedina, 1994.
- SOUTO, Claudio. **Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris editor, 1992.
- SPOTA, Alberto G.. **O juiz, o advogado e a formação do Direito através da jurisprudência**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- STEFFAN, Heinz Dieterich. Sociedade Global — Identidade Colonial. p. 69-82. In: RAMPINELLI, Waldir José; OURIQUES, Nildo Domingos (org.). **Os 500 anos: A conquista interminável**. 4<sup>a</sup> ed.. Petrópolis : Vozes, 1999.
- STRACHE, Karl-Heinz. **Pensare per standards : Contributo alla tipologia**. Traduzioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2<sup>a</sup> ed. revista e ampliada. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2000.
- \_\_\_\_\_.; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2000.
- SURGIK, Aloísio. **Gens Gothorum : As Raízes Bárbaras do Legalismo Dogmático**. Tese apresentada no concurso para Professor Titular em Direito Romano na Universidade Federal do Paraná. Curitiba : U.F.PR, 1991.
- \_\_\_\_\_. Da violação da liberdade na cobrança de pedágio. p. 23-36. In: **Verba Iuris**. Ano I. n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>. Ago./98. Curitiba : Editora Universitária Champagnat, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Lineamentos do Processo Civil Romano**. Curitiba : Edições Livro é Cultura, 1990.
- \_\_\_\_\_. O Direito Romano e o Latim. p. 3. In: **Jornal O Estado do Paraná**. Paraná. Edição de 23/04/00.
- \_\_\_\_\_. O judiciário e o povo, p. 231-247. In: **Temas Críticos do Direito à Luz das Fontes**. Curitiba : Livros HDV, [s.d.].
- TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade : ponto e contraponto. p. 337-347. In: **Temas de Direitos Público : Estudos e Pareceres**. 1<sup>o</sup> Vol. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- \_\_\_\_\_. O princípio da razoabilidade das leis. p. 487-495. In: **Temas de Direitos Público : Estudos e Pareceres**. 1<sup>o</sup> Vol. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- TAMBÁ, Vassanta Porobo. **A jurisprudência : seu sentido e limites, do problema da ‘injustiça’ da lei e da ‘certeza’ do direito**. Coimbra : Almedina, 1971.
- TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito : Introdução à Filosofia Jurídica**. Portugal : Imprensa Nacional, Casa da Moeda, [s.d.].
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. p. 47-75. In: **AJURIS**. V. 72. Mar./98. Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1998.

- TOSI, Renzo. **Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- TOURAINÉ, Alain. **O que é democracia**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro : Vozes, 1996.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo sem dilações Indevidas. p. 234-262. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et alii*. **Garantias Constitucionais do Processo Civil : Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Tempo e Processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. p. 455-481. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 87. V. 755. Set./98. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. **Manual de processo civil**. 2. ed.. Coimbra : Coimbra, 1985.
- VELOSO, Zeno. **Mandado de segurança e ação cabível para decretação, ante caso concreto, da inconstitucionalidade de lei**. Bahia : Instituto dos Advogados da Bahia, 1984.
- VENTURA, Raul. **Manual de Direito Romano I**. Lisboa : Coimbra Editora, 1963.
- VEYNE, Paul (Org.). **História da Vida Privada. V. 1. Do Império Romano ao Ano Mil**. Trad. Hildegard Feist. 13 a reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.
- VIDAL, Felix M. Calvo. **La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?** Valladolid : Editorial Lex Nova, 1992.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Ministério da Justiça co-edição com a Editora Universidade de Brasília, 1979.
- VIEIRA, Luiz Carlos Vivas. **Da prescrição intercorrente: sob exame à luz de um caso concreto**. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988.
- VILANOVA, Lourival. **As estrutura Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- WARAT, Luis Alberto com a colaboração de ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2ª ed. aumentada. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito II. A epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário : Crise, Acertos e Desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

### **Película Cinematográfica**

**GAVRAS, Costa (Diretor). Seção Especial de Justiça (Filme).** São Paulo:  
Distribuidora Mundial Filmes, 1975.

## Índice Onomástico

### A

- AGUIAR, Roberto A. B.. 43, 127  
 ALENCASTRO, Luiz Felipe. 92, 127  
 ALMEIDA, Carlos Ferreira. 83, 127  
 ALPA, Guido. 71, 100, 127  
 ALTAVILLA, Enrico. 80, 81, 127  
 AMARAL, Francisco. 18, 20, 127  
 ANDRADE, Lédio Roda de. 103, 127  
 ANDRADE, Manuel Augusto Domingues. 72, 127  
 ARROJO, Rosemary. 99, 127  
 ASCENSÃO, José de Oliveira. 41, 127  
 ASSIS, Araken de. 16, 127  
 ASÚA, Luis Jiménez. 78, 127  
 ATALIBA, Geraldo. 58, 63, 127  
 ATIENZA, Manuel. 23, 127  
 AUER, Andreas. 4, 5, 128  
 AZEVEDO, Hélio Faraco de. 101, 128  
 AZEVEDO, Plauto Faraco de. 65, 66, 103, 111, 128

### B

- BAPTISTA, Francisco de Paula. 97, 128  
 BARREIRO, Alejandrino Fernandez. 21, 26, 27, 128  
 BERTI, Enrico 118, 119, 128  
 BETTS, Richard K. 88, 128  
 BEVILAQUA, Clóvis. 72, 128  
 BOBBIO, Norberto. 36, 37, 49, 128  
 BORGES FILHO, Nilson Borges. 11, 128  
 BORGES, Wilson Hilário. 109, 128  
 BRASIL. 60, 62, 67, 128  
 BREONE, Mario. 21

### C

- CACIAGLI, Mario. 54, 129  
 CALAMANDREI, Piero. 49, 129  
 CANARIS, Claus Wilhelm. 96, 120, 129  
 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 10, 14, 57, 58, 65, 91, 92, 110, 119, 129  
 CAPPELLETTI, Mauro. 47, 48, 129  
 CARACCIOLO, Ricardo. 106, 129  
 CARAZZA, Roque. 101, 129  
 CARDOSO, Augusto Lopes. 53, 129  
 CARVALHO, Orlando de. 111, 129  
 CASCUDO, Luís da Câmara. 7, 130

CASTREANA, Amelia. 19, 130  
 CASTRO, Reginaldo Oscar de. 7, 130  
 CIFUENTES, Rafael Llano. 23, 130  
 COELHO, Luiz Fernando. 1, 14, 70, 81, 82, 99, 100, 103, 130, 136  
 COMMELIN, P.. 86, 96, 130  
 CONY, Carlos Heitor. 78, 79, 109, 130  
 CORDEIRO, A. Menezes. 96, 120, 130  
 COSTA JÚNIOR, Paulo José. 61, 130  
 COSTA, Emílio. 21, 130  
 CRUZ, Braga da. 22, 130  
 CRUZ, Sebastião. 20, 23, 130  
 CUNHA, Paulo Ferreira da. 2, 28, 29, 39, 41, 50, 55, 86, 93, 95, 130  
 CUPIS, Adriano de. 42, 131

## **D**

DALLARI, Dalmo de Abreu. 47, 49, 53, 69, 74, 131  
 DAVID, René. 83, 131  
 DE MASI, Domenico. 88, 131  
 DERRIDA, Jacques. 62, 131  
 DOTTI, René Ariel. 78, 131  
 DUARTE, David. 13, 131

## **F**

FACHIN, Luiz Edson. 101, 131  
 FALCON Y TELLA, Maria José. 23, 131  
 FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. 91, 93, 131  
 FARINA, Juan M.. 116, 131  
 FERRARA, Francesco. 38, 39, 48, 103, 111, 131  
 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 64, 91, 131  
 FIGUEIREDO, Cândido de. 1, 131  
 FILHO, Nilson Borges. 9, 11, 128, 132  
 FONTELES, Claudio Lemos. 44, 132  
 FOUCAULT, Michel. 30, 132  
 FRANÇA, Limongi. 97, 132  
 FRANCISCI, Pietro de. 24, 132  
 FROSINI, Vittorio. 2, 93, 99, 132  
 FURTADO, Celso. 95, 132

## **G**

GADAMER, Hans-Georg. 108, 109, 132  
 GARCIA AMADO, Juan Antonio. 117, 132  
 GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesus. 23, 24, 26, 27, 30, 132  
 GARÇON, Maurice. 52, 132  
 GARTH, Bryant. 16, 129  
 GASCÓN ABELLÁN, Marina. 69, 132

GASPAR, Alfredo. 53, 132  
 GHIRARDI, Juan Carlos. 24, 132  
 GOMES, Luiz Flávio. 13, 132  
 GOUVEIA, Jorge Bacelar. 54, 132  
 GRAU, Eros Roberto. 4, 64, 92, 96, 98, 101, 102, 133

## **H**

HABERMAS, Jürgen. 6, 133  
 HART, H. L. A.. 71, 73, 74, 133  
 HERKENHOFF, João Baptista. 48, 49, 133  
 HESPANHA, António Manuel. 4, 18, 73, 85, 104, 112, 133  
 HOBBSBAWM, Eric. 5, 133  
 HOLLANDA, Chico Buarque de. 55, 133  
 HUNGRIA, Nelson. 2, 133

## **I**

IHERING, Rudolf von. 9, 133

## **J**

JÖRS, Paul. 21, 133  
 JUSTO, A. S.. 18, 133

## **K**

KASER, Max. 23, 133  
 KRELLER, Hans. 20, 133

## **L**

LAMEGO, José. 71, 120, 133  
 LARENZ, Karl. 68, 99, 109, 116, 117, 133  
 LIMA, Abili Lázaro Castro de. 92, 134  
 LIMA, Maria Rosynete Oliveira. 15, 134  
 LLEWELLYN, Karl Nickerson. 2, 129, 134  
 LOPES, José Reinaldo de Lima. 55, 134  
 LORENZETTI, Ricardo Luis. 64, 100, 101, 102, 134  
 LUCON. Paulo Henrique dos Santos. 80, 134  
 LUDWIG, Celso Luiz. 118, 134

## **M**

MACHADO, J. Baptista. 17, 134  
 MALHADAS, Júlio Assumpção. 101, 134  
 MARTÍNEZ, Soares. 29, 134  
 MARTINO, Francesco de. 18, 19, 134  
 MAXIMILIANO, Carlos. 68, 98, 134  
 MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. 34, 66, 134  
 MELLO, Celso Antônio Bandeira. 10, 134

MENDONÇA, Daniel. 48, 135  
 MIQUEL, Juan. 18, 24, 135  
 MIRANDA, Jorge. 12, 135  
 MONREAL, Eduardo Novoa. 40, 135  
 MONTENEGRO, Artur. 21, 135  
 MORAIS, José Luis Bolzan. 57, 138  
 MOREIRA, José Carlos Barbosa. 54, 135  
 MOREIRA, Vital. 97, 98, 129

## **N**

NEGRÃO, Theotônio. 72, 135  
 NEVES, A. Castanheira. 63, 84, 92, 99, 105, 106, 107, 113, 114, 115, 116,  
 120, 121, 122, 123, 135  
 NORA, Sampaio e. 67, 139  
 NÖRS, Dieter. 19, 135  
 NOVAIS, Fernando, A. 7, 135

## **O**

OLIVEIRA, Pedro Antonio Bueno de. 101, 135  
 OSSORIO Y GALLARDO, Angel. 51, 135  
 OTTO, Ignacio de. 70, 71, 135  
 OURIQUES, Nildo Domingos. 7, 95, 135

## **P**

PEREIRA, M.S.D Neves. 67, 136  
 PETEV, Valetin. 45, 136  
 PICÓ I JUNO, Joan. 67, 136  
 PLACHY, Adolfo. 99, 136  
 PORTANOVA, Rui. 111, 136  
 PRATA, Edson. 101, 136  
 PROVERA, Giusepe. 22, 136  
 PUGGINA, Márcio Oliveira. 109, 110, 136

## **R**

RAMONET, Ignacio. 87, 88, 89, 90, 136, 137  
 RIBEIRO, Darcy. 7, 136  
 RIBEIRO, Renato Janine. 91, 136  
 RIVERO, Jean. 69, 136  
 ROBERT, Henri. 52, 136  
 ROCHA, Leonel Severo. 109, 139  
 RODRIGUES, Nelson. 93, 136  
 ROSENFIEDL, Denis L.. 91, 137

## **S**

SAAVEDRA, Modesto. 105, 137

SADER, Emir. 87, 137  
 SALDANHA, Nelson. 35, 137  
 SANTOS, Almeida. 44, 60, 62, 63, 66, 73, 77, 78, 137  
 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. 101, 137  
 SANTOS, Milton. 11, 86, 87, 89, 91, 95, 96, 137  
 SCHAPP, Jan. 107, 137  
 SCHULTZ, Fritz. 20, 21, 22, 137  
 SIDOU, J. M. Othon. 97, 137  
 SILVA, Valter Penteado. 101, 137  
 SILVA, José Afonso da. 59, 137  
 SILVA, Kelly Susane Alfen. 104, 107, 108, 137  
 SIMÕES, Inimá. 14, 137  
 SKINNER, Quentin. 14, 137  
 SOARES, Guido Fernando Silva. 83, 137  
 SOUSA, António Francisco de. 37, 138  
 SOUTO, Claudio. 45, 47, 138  
 SPOTA, Alberto G.. 11, 71, 138  
 STEFFAN, Heinz Dieterich. 95, 138  
 STRACHE, Karl-Heinz. 83, 138  
 STRECK, Lenio Luiz. 111, 138  
 SURGIK, Aloísio. 18, 22, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 47, 104, 138

## **T**

TÁCITO, Caio. 15, 35, 138  
 TALAMANCA, Mario. 31, 129  
 TAMBÁ, Vassanta Porobo. 70, 71, 138  
 TEIXEIRA, António Braz. 72, 82, 83, 138  
 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. 46, 138  
 TOSI, Renzo. 2, 139  
 TOURAINÉ, Alain. 10, 139  
 TUCCI, José Rogério Cruz e. 53, 139  
 TUCCI, Rogério Lauria. 54, 139

## **V**

VELOSO, Zeno. 101, 139  
 VENTURA, Raul. 21, 119, 139  
 VIDAL, Felix M. Calvo. 70, 139  
 VIEHWEG, Theodor. 117, 139  
 VIEIRA, Luiz Carlos Vivas. 101, 139  
 VILANOVA, Lourival. 4, 70, 78, 139

## **W**

WARAT, Luis Alberto. 29, 32, 45, 92



***Z***

ZAFFARONI, Eugenio Raul. 46, 47, 139

## Índice Alfabético Remissivo

### A

administração .....	15, 42
Administração .....	71, 90
advogado .....	13, 49, 53, 59, 60, 61, 62, 63, 85, 119, 154, 159, 166, 167
Advogado .....	63, 68, 122, 123, 132, 151, 152, 159, 165, 168
<i>aequi</i> .....	28
alternativos .....	100, 121, 123, 144, 164
analogia .....	28, 29, 137
<i>aparthaid</i> .....	131
aplicação1, 6, 13, 30, 32, 39, 44, 45, 46, 49, 68, 71, 74, 80, 81, 82, 83, 84, 88, 122, 123, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 138, 142, 158, 162	
Aplicação.....	77, 117, 152
argumentação .....	63
argumentação jurídica .....	63
<i>ars</i> .....	28
assistência judiciária.....	20

### B

<i>bona fides</i> .....	23, 24, 155
Brasil9, 10, 13, 16, 40, 51, 56, 64, 66, 86, 113, 120, 124, 149, 151, 153, 163, 165, 166, 167, 169	
BRASIL.....	72, 73, 80, 153

### C

cantores .....	118
caos.....	102, 103, 104, 105, 111, 113, 114, 120, 126, 149, 165, 166
Caos.....	102
capitalismo .....	7, 76, 105, 113
Capitalismo .....	9, 163
capitalista.....	41, 77, 109, 121
caso1, 2, 3, 4, 7, 9, 13, 16, 17, 20, 21, 22, 24, 27, 29, 30, 32, 36, 44, 45, 46, 49, 50, 51, 60, 61, 66, 67, 75, 77, 81, 82, 85, 88, 89, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 108, 114, 119, 120, 121, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 134, 137, 138, 139, 143, 144, 145, 148, 152, 155, 157, 162, 164, 165, 166, 169, 170	
Caso.....	1, 3, 4, 10, 34, 45, 92, 102, 115, 120, 146, 147, 148, 149, 167
caso concreto2, 3, 4, 7, 9, 13, 16, 17, 20, 21, 22, 24, 27, 32, 36, 44, 45, 46, 49, 51, 60, 66, 67, 75, 82, 88, 89, 92, 93, 94, 96, 98, 100, 101, 114, 119, 120, 121, 125, 126, 128, 129, 131, 134, 137, 138, 139, 145, 148, 152, 155, 157, 164, 165, 166, 169, 170	
Caso concreto.....	10, 102, 115
casos2, 21, 24, 29, 46, 49, 58, 64, 65, 66, 71, 76, 79, 83, 84, 85, 87, 96, 98, 112, 114, 119, 120, 124, 126, 127, 139, 146, 154	
Casos .....	30, 93, 147, 148, 157

casos concretos.....	21, 46, 76, 79, 83, 87, 120, 124
cinema .....	73, 110, 118
civilização .....	23, 133
classes sociais.....	8, 9
codificações.....	33, 148
Código .....	41, 86, 153, 163
Código civil.....	86, 163
conceito .....	18, 19, 23, 25, 46, 53, 117, 144
Conceito .....	85, 114, 143, 154, 156, 160
conceitos.....	2, 12, 13, 30, 44, 59, 85, 119
Conceitos.....	13, 44, 167
conceitos indeterminados.....	12, 13, 85
Conceitos indeterminados .....	44, 167
concurso .....	36, 37, 54, 58, 61, 168
concursos.....	53
conflito .....	7, 8, 29, 80, 90, 109, 146
Conflito .....	120, 155
constituição .....	13, 42, 77, 88, 138, 145
Constituição.....	1, 17, 20, 46, 49, 63, 65, 67, 68, 69, 70, 72, 74, 82, 83, 88, 95, 116, 124, 135, 152, 154, 156, 157, 162, 169
costumes.....	107
criação .....	23, 28, 30, 33, 37, 68, 87, 90, 100, 125, 138, 149
criatividade.....	53
criativo.....	44, 51, 79, 85, 88, 92, 99, 147, 148
crise .....	42, 51, 58, 71, 73, 76, 79, 81, 111, 133, 149, 151, 153, 166
Crise .....	15, 22, 52, 55, 71, 74, 79, 87, 91, 132, 161, 166, 168, 170
crise do direito.....	76
critério jurídico.....	138
cultura.....	62, 77, 105
Cultura.....	20, 22, 27, 33, 124, 133, 155, 160, 168
cultural.....	16, 49, 66, 69, 110, 132
Curso de Direito .....	120, 157

## **D**

democracia .....	7, 11, 12, 14, 15, 58, 69, 74, 81, 87, 109, 123, 163, 169
Democracia .....	7, 19, 108, 167
dever ser .....	97
direito alternativo .....	121, 123
Direito alternativo .....	121, 122, 151
direito de propriedade .....	89, 90
Direito Livre.....	84, 123
direito romano .....	40
Direito Romano.....	3, 9, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 32, 33, 36, 37, 39, 40, 142, 147, 154, 156, 168, 169
Direito Romano Clássico .....	3, 21, 22, 23, 24, 32, 147
Divindade .....	47

*due process of law* .....18

## **E**

econômico ..... 14, 18, 46, 103, 104, 106, 110  
 Econômico.....120, 152  
 eleição .....25, 56, 57, 87, 125  
 eleições .....13  
 enunciado .....116  
 Espanha .....57, 106, 123, 163  
 estado.....32, 102, 125  
 Estado5, 11, 12, 13, 16, 17, 19, 20, 22, 35, 40, 42, 43, 46, 58, 64, 66, 67, 68,  
 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 86, 105, 108, 109, 110, 111, 132, 135, 148, 153,  
 154, 158, 159, 168

## **F**

Faculdade de Direito2, 22, 24, 28, 29, 30, 33, 41, 52, 71, 74, 78, 79, 84, 85,  
 87, 91, 100, 133, 144, 151, 155, 156, 159, 161, 162, 164, 166  
 fatos ..... 1, 21, 63, 96, 115, 125, 126, 128, 130, 133, 139, 145  
 fatos da vida .....21, 130  
 felicidade .....65, 66  
*fides* .....23, 24, 155, 164  
*Fides* .....24, 155  
 fissão .....106  
 França .....39, 106  
 fumo .....73  
 fundamentação .....15, 108, 139, 140, 157  
 fundamento..... 19, 23, 35, 42, 67, 74, 126, 141, 143, 157  
 fusão .....106

## **G**

global..... 2, 4, 14, 17, 69, 105, 133, 137  
 Global.....102, 113, 133, 155, 168  
 globalização..... 14, 69, 103, 107, 113, 166  
 Globalização.....108, 158  
 governantes .....11, 50

## **H**

hermenêutica1, 4, 50, 83, 92, 101, 115, 117, 124, 128, 129, 131, 132, 149,  
 159, 165, 168  
 Hermenêutica77, 81, 84, 115, 117, 123, 124, 128, 132, 143, 152, 153, 158,  
 161, 162, 167, 168  
 hermenêutica jurídica ..... 1, 4, 92, 101, 115, 128, 132, 149  
 hipótese fática..... 3, 44, 45, 49, 50, 93, 131, 148

## **I**

Igreja .....38, 41  
 igualdade .....8, 12, 29, 68, 69, 70, 84

Igualdade .....	68, 165
informática .....	104
<i>iniura</i> .....	28
inteligência .....	62, 96, 104, 112
inteligência artificial .....	112
<i>interpretatio</i> .....	36
Itália .....	39, 40, 50, 106, 123
<i>iudicium</i> .....	26, 27
<i>iurisprudentia</i> .....	25
<i>ius</i> .....	24, 27, 28, 29, 31, 34, 37, 59, 142, 144
<i>Ius</i> .....	24, 29, 156

## **J**

juiz	13, 26, 27, 29, 34, 38, 43, 44, 45, 49, 54, 56, 57, 58, 59, 65, 79, 81, 83, 84, 85, 92, 93, 100, 116, 119, 120, 121, 124, 127, 133, 144, 149, 164, 167, 169
Juiz .....	62
juízes	5, 27, 55, 56, 57, 59, 63, 66, 80, 82, 84, 87, 99, 121, 125, 131, 146, 154, 157
Juízes .....	56, 57, 155, 169
juízes alternativos .....	121
jurisprudência analítica .....	84
jurisprudência problemática .....	143
justiça	20, 22, 28, 32, 33, 59, 68, 71, 75, 80, 84, 87, 108, 109, 111, 122, 123, 124, 125, 131, 137, 152, 160, 165
Justiça	3, 5, 21, 53, 59, 78, 80, 87, 89, 90, 125, 131, 140, 151, 152, 158, 160, 165, 170
justo .....	24, 37, 61
Justo .....	138, 161

## **L**

Latim .....	3, 22, 168
legalidade .....	5, 6, 18, 19, 42, 80, 109, 128, 131, 136, 144, 148, 152, 168
legislação .....	19, 40, 48, 50, 60, 71, 82, 86, 88, 135, 163
lei	1, 2, 6, 18, 19, 22, 36, 37, 39, 44, 45, 46, 47, 49, 54, 59, 60, 65, 69, 72, 74, 75, 76, 83, 84, 85, 91, 98, 108, 115, 119, 120, 122, 124, 125, 128, 129, 131, 132, 136, 138, 169
Lei .....	71, 72, 73, 80, 87, 153, 160
leis	1, 18, 33, 34, 36, 37, 45, 46, 47, 48, 50, 58, 69, 70, 71, 74, 75, 76, 87, 88, 99, 103, 112, 115, 119, 123, 124, 132, 158, 168
Leis .....	17, 84, 97, 115, 117, 120, 122, 155, 165, 167
<i>lex</i> .....	80, 144
<i>Lex</i> .....	84, 170
lógica .....	1, 6, 14, 32, 37, 48, 54, 86, 97, 105, 117, 118
Lógica .....	1, 17, 84, 97, 117, 122, 155, 165
luta .....	11, 61, 110
Luta .....	11, 161

**M**

manipulação .....	76, 108
metódica .....	135
método.....	4, 33, 39, 66, 123, 135, 140, 141, 142
Método .....	123, 129, 132, 152, 159
metodologia.....	42, 54, 138, 140, 145, 166
Metodologia .....	75, 81, 109, 117, 125, 127, 130, 135, 138, 161, 164, 166
mito .....	5, 81
modernidade.....	54, 69, 100, 107, 110, 149, 166, 167
Modernidade .....	4, 36, 38, 60, 102, 110, 112, 156, 170
monarca .....	38, 42
monarquia.....	38
<i>mos gallicus</i> .....	39, 40
<i>mos italicus</i> .....	39, 40
mundo.....	5, 8, 23, 50, 52, 53, 55, 61, 73, 97, 102, 103, 104, 105, 113, 120, 123, 130, 133
mundo real.....	50, 120, 130

**N**

nacionalismo .....	106
normal.....	1, 5, 18, 23, 36, 43, 45, 46, 49, 50, 52, 66, 75, 82, 83, 84, 85, 91, 93, 96, 99, 115, 116, 119, 122, 127, 128, 129, 130, 131, 135, 137, 138, 139, 142, 144, 148, 152
Norma.....	108, 118, 139, 158
normatividade.....	35, 44, 135, 145
normativo .....	13, 27, 49, 50, 85, 97, 108, 116, 122, 127, 128, 137, 144, 165

**O**

<i>occasio legis</i> .....	128
ordem jurídica .....	6, 25, 70, 122, 124, 135, 136

**P**

parlamentar.....	5, 82
participação.....	3, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 33, 41, 75, 109, 124, 125, 147, 149
Participação .....	15, 21, 157
participação popular .....	12, 33, 147
partícipe.....	149
pobres .....	8, 9, 53, 77, 107, 155
Pobres.....	8, 155
pobreza .....	113
poder criativo .....	51, 79, 88, 92, 99, 147, 148
poder executivo .....	82, 135
poder judiciário .....	21, 82, 124
Poder judiciário .....	81
poder legislativo .....	15, 82

política	3, 7, 9, 10, 11, 14, 22, 41, 42, 48, 49, 55, 56, 57, 60, 64, 75, 101, 105, 110, 113, 122, 123, 124, 145, 147, 148
Política	11, 13, 68, 69, 153, 154, 158, 165, 168
popular	5, 12, 16, 25, 26, 27, 29, 30, 33, 35, 39, 42, 56, 57, 87, 118, 147
populares	27, 77, 121
Portugal	15, 22, 86, 97, 99, 123, 124, 133, 160, 163, 169
positivismo	9, 22, 43, 44, 84, 97, 114, 119, 133, 153
Positivismo	3, 21, 34, 148
pós-modernidade	69
prática jurídica	141
princípio	5, 6, 15, 17, 18, 19, 21, 24, 25, 37, 42, 44, 68, 70, 80, 84, 98, 121, 128, 139, 152, 157, 168
Princípio	118, 139
princípios	19, 28, 33, 49, 58, 70, 77, 81, 92, 102, 116, 117, 118, 122, 131, 132, 133, 136, 139, 143, 144
problemas sociais	8, 64
processo	2, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 27, 33, 36, 56, 63, 64, 80, 88, 89, 91, 93, 94, 95, 101, 119, 120, 124, 125, 127, 128, 129, 132, 135, 138, 151, 161, 163, 165, 169
Processo	8, 20, 27, 33, 63, 64, 95, 152, 162, 164, 168, 169
processual	29, 63, 64, 89, 93, 94, 127, 163
proporcionalidade	19

## R

<i>rationality test</i>	18
razão	2, 39, 43, 75, 78, 94, 105, 128, 144, 166
razoabilidade	18, 19, 108, 168
realidade	2, 3, 4, 6, 7, 8, 20, 50, 51, 53, 61, 64, 65, 66, 67, 71, 72, 75, 76, 77, 82, 95, 97, 98, 109, 113, 114, 122, 125, 126, 127, 144, 145, 148, 149, 150
Realidade	53, 164
<i>reasonableness standard</i>	19
regras	48, 58, 76, 82, 84, 87, 99, 108, 111, 115, 116, 119, 121, 128, 142
Regras	30
representação	5, 16, 42
representatividade	11
representativo	14, 15
República	1, 56, 69, 74, 82, 83, 87, 88, 149, 152, 162
<i>res publica</i>	87
revolução	104
Revolução	40, 124

## S

ser	6, 9, 13, 22, 23, 40, 44, 47, 48, 50, 51, 58, 59, 61, 65, 69, 70, 73, 74, 75, 77, 81, 85, 86, 88, 92, 97, 98, 99, 109, 110, 114, 116, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 131, 136, 140, 141, 148, 162
-----	--

sistema	7, 15, 17, 20, 23, 27, 33, 38, 39, 41, 42, 60, 64, 71, 74, 76, 83, 86, 91, 93, 100, 108, 111, 113, 115, 117, 118, 119, 131, 136, 137, 140, 143, 144, 164
Sistema .....	5, 114, 127, 143, 154, 155, 156, 170
social	4, 7, 8, 11, 16, 18, 24, 30, 47, 48, 53, 54, 57, 58, 66, 68, 71, 76, 77, 83, 86, 91, 108, 109, 110, 113, 117, 120, 122, 124, 125, 130, 132, 133, 145, 148, 155, 159, 163
Social.....	7, 67, 76, 77, 78, 102, 124, 133, 152, 155, 158, 160, 167
sociedade brasileira .....	23, 150
standard .....	19, 99
<i>substantive due process</i> .....	18
subsunção .....	82
Supremo Tribunal Federal .....	55, 80, 154

## T

teatro.....	73, 110, 118
técnicas .....	61, 75
televisão.....	118, 120, 164
teoria.....	5, 42, 43, 50, 53, 54, 58, 62, 68, 92, 111, 114, 145, 152, 160, 165
Teoria .....	43, 54, 68, 108, 109, 111, 117, 153, 158, 160, 165, 168, 170
teorias .....	5, 118, 152
Teorias.....	140, 159
texto legal .....	52
tópica .....	120, 140, 141, 142, 143, 157
Tópica.....	140, 142, 170
tópico.....	143
tópicos .....	34, 43
transformação	11, 13, 28, 37, 47, 53, 71, 78, 91, 94, 95, 101, 102, 103, 107, 111, 114, 123, 125, 149, 153, 158, 163
transformações .....	53, 114, 130, 149
tribunais.....	34, 44, 55, 57, 59, 63, 79, 80, 81, 82, 83, 88, 90, 98, 159
Tribunais	2, 8, 15, 16, 20, 55, 63, 64, 68, 69, 73, 75, 77, 78, 80, 81, 83, 93, 95, 99, 119, 120, 152, 154, 155, 156, 157, 159, 161, 162, 164, 165, 167, 169, 170
Tribunal.....	55, 80, 89, 90, 91, 154

## U

Universidade	2, 26, 28, 30, 33, 36, 37, 41, 43, 46, 49, 52, 57, 65, 78, 120, 140, 153, 156, 157, 159, 161, 162, 163, 168, 170
--------------	--

## V

visigodos .....	38, 41
-----------------	--------